



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 V

Janeiro a Junho de 2010

Rio de Janeiro

SUMÁRIO

PRIMEIRA PARTE – TEMAS GERAIS

<i>PRINCÍPIOS DE UMA TEORIA GERAL DOS RECURSOS</i> LEONARDO GRECO.....	5
<i>A MEDIAÇÃO E A NECESSIDADE DE SUA SISTEMATIZAÇÃO NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO</i> HUMBERTO DALLA BERNARDINA DE PINHO.....	63
<i>ALGUMAS QUESTÕES SOBRE A APELAÇÃO NO PROCESSO CIVIL NORTE AMERICANO E BRASILEIRO</i> FLÁVIO MIRZA.....	95
<i>LA MEDIACIÓN:UNA PANORÁMICA DE SUS FUNDAMENTOS TEÓRICOS</i> HELENA NADAL SANCHÉZ	116
<i>ANOTACIONES SOBRE ALTERNATIVAS AL SISTEMA PUNITIVO: LA MEDIACIÓN PENAL</i> NURIA BELLOSO MARTÍN.....	146
<i>LA CONCILIACIÓN LABORAL</i> RAQUEL LÓPEZ JIMÉNEZ.....	187
<i>CONTRIBUTO AO ESTUDO DA SENTENÇA DECLARATÓRIA</i> DARCI GUIMARÃES RIBEIRO	209
<i>A CONEXÃO ENTRE OS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES NA CONSTRUÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO</i> DÉBORA FIORATTO.....	228
<i>ACESSO À JUSTIÇA E TUTELA DOS INTERESSES DIFUSOS</i> EDUARDO A. BRAGA BACAL.....	261
<i>O PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO NO PROCESSO PENAL À LUZ DA LEI N° 11.719/08</i> FRANKLYN ROGER ALVES SILVA.....	292
<i>APONTAMENTOS SOBRE A REPERCUSSÃO GERAL DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO</i> GUILHERME KRONEMBERG HARTMAN.....	310
<i>REPENSANDO A PENHORA EM EXECUÇÃO FISCAL CONTRA O FALIDO</i> GUSTAVO HENRIQUE DE ALMEIDA.....	328
<i>A TUTELA COLETIVA BRASILEIRA EM CONFLITO COM OS DIREITOS HUMANOS</i> GUSTAVO SANTANA NOGUEIRA.....	350

PROVAS ATÍPICAS E EFETIVIDADE DO PROCESSO

JOÃO BATISTA LOPES..... 389

HUMANO, DEMASIADAMENTE ELETRÔNICO. ELETRÔNICO, DEMASIADAMENTE HUMANO. A INFORMATIZAÇÃO JUDICIAL E O FATOR HUMANO

JOSÉ CARLOS DE ARAÚJO ALMEIDA FILHO..... 403

REPENSANDO O PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO NO PROCESSO CIVIL

LUCAS ANDRADE PEREIRA DE OLIVEIRA 419

COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL FUNDADA EM TRATADOS INTERNACIONAIS

ODILON ROMANO NETO 453

A LIQUIDAÇÃO POR ARBITRAMENTO SOB A ÓTICA DAS LEIS 11.232/05 E 11.382/06

RODRIGO MAZZEI..... 484

BREVES OBSERVAÇÕES SOBRE OS PRINCÍPIOS DA IMPARCIALIDADE E NEUTRALIDADE DO MEDIADOR: CONCEITUAÇÃO, IMPORTÂNCIA E ALCANCE PRÁTICO DESSES PRINCÍPIOS EM UM PROCESSO DE MEDIAÇÃO

VITOR CARVALHO LOPES 517

SEGUNDA PARTE – REFORMAS PROCESSUAIS

PROCESSO JUSTO: O ÔNUS DA PROVA À LUZ DOS PRINCÍPIOS DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA E DO IN DUBIO PRO REO

FLÁVIO MIRZA..... 540

EM DEFESA DOS EMBARGOS INFRINGENTES: REFLEXÕES SOBRE OS RUMOS DA GRANDE REFORMA PROCESSUAL

JOSÉ AUGUSTO GARCIA DE SOUZA..... 560

A LEI DOS RECURSOS REPETITIVOS E OS PRINCÍPIOS DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO

CRISTIANA HAMDAR RIBEIRO..... 614

EXECUÇÃO: SUGESTÕES PARA NOVA REFORMA

DESIRÉ BAUERMAN.....701

APELAÇÃO SEM EFEITO SUSPENSIVO: EXECUÇÃO PROVISÓRIA COMO REGRA

ISABELA LESSA DE AZEVEDO PINTO RIBEIRO.
JOÃO LUIZ LESSA DE AZEVEDO NETO..... 732

AGRAVO DO PROJETO 156/2009 E POSSÍVEIS REPERCUSSÕES NO HABEAS CORPUS

LEONARDO COSTA DE PAULA..... 766

PRIMEIRA PARTE

TEMAS GERAIS

PRINCÍPIOS DE UMA TEORIA GERAL DOS RECURSOS

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.

Na época em que entrou em vigor o Código de Processo Civil de 1973, o sistema de recursos por ele instituído foi considerado um dos seus aspectos positivos, pela sensível simplificação que representou em relação ao regime anterior. Basta dizer que no regime do Código de 39 havia nada menos de três recursos diferentes contra as decisões interlocutórias (o agravo de instrumento, o agravo no auto do processo e a carta testemunhável), cuja admissibilidade variava por critérios bastante casuísticos, bem como dois recursos diferentes contra a sentença de 1º grau (a apelação e o agravo de petição). Não obstante esse avanço, decorridas mais de três décadas de vigência do Código e após incontáveis alterações, o seu sistema de recursos é apontado por muitos como o grande responsável pela crise da Justiça brasileira, conforme se manifestou a Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal, ao analisar a Proposta de Emenda à Constituição que deu origem à Emenda Constitucional nº 45/2004.

Não tenho dúvidas de que o atual sistema de recursos é bastante deficiente, se comparado com os de outros países e se avaliados os seus resultados do ponto de vista da qualidade e da credibilidade das suas decisões. Além de estimular o demandismo e a procrastinação, o nosso sistema é exageradamente formalista, criando obstáculos irrazoáveis à apreciação dos recursos e determinando a produção de decisões que, em lugar de aumentarem a probabilidade de acerto e de justiça das que pretendem rever, transformaram o seu julgamento numa verdadeira caixa de surpresas, criadora de situações absolutamente imprevisíveis para as partes e que, a pretexto do excessivo volume de processos, dão pouca atenção às questões fáticas e jurídicas suscitadas e aos argumentos

dos advogados, procurando cada vez mais encontrar afinidades dos novos casos com outros anteriormente julgados pelo mesmo tribunal ou por tribunais superiores e assim, de forma simplista e absolutamente distante do litígio real, transpor fundamentos destes para aqueles, automatizando os julgamentos.

Desde 1995, sucessivas leis de reforma, a cuja elaboração se dedicaram ilustres juristas, na ânsia de debelar os males decorrentes do aumento do volume de recursos, agravaram ainda mais os defeitos do sistema, especialmente pelo progressivo abandono da colegialidade das decisões recursais e pela crescente invocação da jurisprudência. O sistema de recursos sofre os reflexos de três visões absolutamente deformadas do processo judicial: a dos tribunais superiores, cuja preocupação predominante é com a eliminação da quantidade de processos e de recursos, mesmo com o sacrifício da qualidade e da justiça das decisões; a dos governantes, que se habituaram a utilizar a justiça para procrastinar o cumprimento das obrigações do Estado para com os cidadãos; e a dos próprios jurisdicionados que, quando vencidos, se sentem impelidos a esgotar as vias recursais, porque estas se apresentam como facilmente acessíveis e resultam sempre de algum modo mais vantajosas do que o cumprimento espontâneo das suas obrigações. As reformas até agora implementadas, em regra, não foram capazes de destruir essa cultura demandista por parte do Estado e também dos particulares, tendo sido eficazes apenas na instituição de filtros de acesso às instâncias recursais, que somente beneficiam a consecução das metas quantitativas dos tribunais superiores.

1 – A NOÇÃO DE RECURSO, SUAS ORIGENS E EVOLUÇÃO

A noção de recurso, ou seja, de um remédio que possibilite o reexame de decisões judiciais desfavoráveis, nasceu junto com a racionalidade humana, pois, quando alguém considerava uma decisão injusta, procurava revê-la¹. Muito antes do surgimento de institutos, como a *appellatio* romana, que moldaram os recursos que atualmente conhecemos, a Antiguidade Clássica conheceu inúmeros outros remédios que, ainda que

¹ LIMA, Alcides de Mendonça. **Introdução aos recursos cíveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1965, p.1.

não reformassem ou anulassem as decisões judiciais, possibilitavam ao vencido subtrair-se dos seus efeitos.

Entre os estudiosos do Processo Civil, prepondera a opinião daqueles que consideram o recurso um direito fundamental inerente à natureza humana. Alcides de Mendonça Lima, por exemplo, assevera que a idéia de recurso deve ter nascido com o próprio homem, quando alguém, pela primeira vez, se sentiu vítima de uma injustiça perpetrada pelo julgador ao qual submeteu a sua causa. Sua origem se perde nas épocas mais remotas, no Antigo Testamento, na Grécia e no Egito. As fontes históricas serviriam para demonstrar que a idéia de recurso se acha arraigada no espírito humano, “como uma tendência inata e irresistível, como uma decorrência lógica do próprio sentimento de salvaguarda a um direito já ameaçado ou violado em uma decisão”. A circunstância de ter sido acolhido em todas as épocas e por todos os povos permite considerá-lo “como inerente à própria personalidade humana”². No Código de Hamurabi (art. 5º), a revisão do erro judiciário determinava sanção pecuniária ao juiz e proibição de exercer a função em outro processo³.

No Direito romano primitivo, não existiam propriamente recursos, porque as decisões judiciais eram proferidas por juízes privados. Era a chamada *ordo judiciorum privatorum*. O caráter tipicamente privado do processo em instância única na sociedade romana primitiva rejeitava a idéia de recurso. Havia remédios ou ações autônomas contra a sentença ou contra decretos dos magistrados, de caráter eminentemente inibitório (*infinitio iudicati, revocatio in duplum, restitutio in integrum, intercessio*), mas não propriamente recursos como os conhecemos hoje, que substituem uma decisão judicial por outra⁴.

A nossa apelação começou a esboçar-se no processo penal e foi estendida ao processo civil no tempo do Imperador Augusto, com a delegação do poder de revisão das

² LIMA, Alcides de Mendonça. **Introdução aos recursos cíveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1965, pp.1-4 e 127-129.

³ SÁ, Djanira Maria Radamés de. **Duplo grau de jurisdição**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 79.

⁴ LIMA, Alcides de Mendonça. **Introdução aos recursos cíveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1965, pp. 4-5.

sentenças a certos magistrados. A hierarquia definiu os diversos graus da apelação, sempre perante um magistrado superior contra a sentença de magistrado inferior⁵.

Se a instituição de remédios para propiciar o reexame de decisões judiciais atendia a uma aspiração humana, a sua implementação, desde a Antiguidade até os nossos dias, sempre foi fortemente influenciada pelos interesses políticos dos governantes.

Quando Roma se tornou um Império, pouco antes da Era Cristã, nasceram os primeiros recursos de que a literatura processual tem conhecimento. Isso porque o Imperador precisava ter instrumentos para assegurar o primado de suas leis e de seu poder político sobre toda a extensão territorial que compunha seu Império. Era através dos recursos que se podia controlar a aplicação das leis em todos os recantos do Império; assim, a violação àquelas deveria ser remediada pelo provimento dos recursos dirigidos aos prepostos do Imperador ou, em última instância, a ele próprio.

O sistema recursal, além de ter nascido para assegurar o poder político do Império Romano, possuía outra função: fixar nos povos conquistados a idéia de que a dominação romana era positiva, na medida em que, descontentes com o julgamento proferido pelas justiças locais, eles poderiam dirigir-se ao juiz romano por meio dos recursos. Procurava-se, noutras palavras, vender a idéia de que a autoridade romana fazia justiça melhor do que a dos povos conquistados.

Vittorio Scialoja, em seu *Processo Civil Romano*, observa que a introdução da apelação ocorreu, sem dúvida, mais do que em decorrência de uma específica compreensão do ordenamento judiciário, por uma imposição da hierarquia administrativa⁶. A apelação pressupunha uma ordem hierárquica, em que um juiz superior revia a decisão de um inferior.

Posteriormente, surgiu, ainda no Império Romano, a *supplicatio*, súplica, que era um pedido dirigido ao soberano para que este, em face de uma sentença injusta proferida

⁵ SCIALOJA, Vittorio. **Procedimiento Civil Romano**. Buenos Aires: EJE, 1954, pp.356-362; CUENCA, Humberto. **Proceso civil romano**. Buenos Aires: EJE, 1957, p.103; LIMA, Alcides de Mendonça. **Introdução aos recursos cíveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1965, pp.7-10.

⁶ Ob. e loc. cits.

pelo mais alto magistrado romano, o prefeito do pretório, concedesse ao súdito um novo julgamento.

A posterior dominação bárbara fez o direito romano defrontar-se com a realidade da justiça exercida pelas assembleias populares, nas cidades germânicas. Na Justiça germânica, não havia recurso, prevalecendo os julgamentos populares; acima da comunidade, não havia reinos nem impérios, e, portanto, a sua decisão era única e eficaz para todos, inclusive para aqueles que não haviam litigado, inexistindo recursos.

Quando se fundem, a partir do século XII, os direitos germânico e romano, com grande influência do direito canônico⁷, ressurgem os recursos romanos, ao lado dos quais aparecem, já originários dos costumes medievais, alguns outros recursos contra decisões interlocutórias, que haviam sido proibidos por Justiniano, como as queixas, que não suspendiam o processo e somente eram cabíveis para decisões capazes de gerar prejuízos graves ou irreparáveis às partes.

No Condado Portucalense, a miscigenação de institutos do Direito visigótico, canônico e costumeiro não reconhecia o direito de revisão das sentenças⁸. Somente no início do século XIII, uma lei de D. Afonso II admite pela primeira vez a possibilidade de a sentença ser revista pelo monarca. Essa regra foi adotada por D. Dinis e incorporada posteriormente às Ordenações Afonsinas de 1446. Ainda em meados do século XIII, D. Afonso III, sob evidente influência romano-canônica, recria a apelação.

Alcides de Mendonça Lima observa que a “idéia de recurso estava muito arraigada no espírito do povo português, desde os albores de sua existência”, como fruto de uma tendência inata à reparação da injustiça⁹.

As Ordenações Afonsinas, promulgadas pelo Rei Afonso V, que tinha apenas 14 anos, instituíram apelação contra a sentença definitiva e contra a sentença interlocutória com força de definitiva. Também era admitida apelação contra a sentença interlocutória

⁷ O direito canônico sempre manteve a sua estrutura hierárquica, resistindo aos barbarismos do direito germânico, como os duelos e as ordálias, e servindo de repositório dos institutos romanos, entre os quais a apelação (LIMA, Alcides de Mendonça. **Introdução aos recursos cíveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1965, pp. 14-15).

⁸ SÁ, Djanira Maria Radamés de. **Duplo grau de jurisdição**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 83.

⁹ LIMA, Alcides de Mendonça. **Introdução aos recursos cíveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1965, pp.15-20.

cuja execução causasse dano irreparável. As demais interlocutórias eram inapeláveis para evitar procrastinações. Não era admitida apelação das condenações de pequeno valor. Surge também o agravo de instrumento contra o indeferimento da reconsideração das demais decisões interlocutórias. Essas Ordenações consagraram também um outro remédio, os embargos, não como recurso, mas como uma ação inibitória para impedir os efeitos ou a execução da sentença. Todas essas medidas tiveram inquestionáveis objetivos políticos.¹⁰

E as Ordenações Manuelinas trouxeram a lume outros recursos, como o agravo no auto do processo e o agravo de petição.

A Revolução Francesa, influenciada pelo Iluminismo e pelo Liberalismo, teve influência marcante na evolução do sistema de recursos. Sua preocupação em eliminar o domínio das castas que, nos antigos Parlamentos, reviam no seu próprio interesse quaisquer decisões judiciais, consagrou o princípio do duplo grau de jurisdição, para que a apreciação das questões de fato não ultrapassasse duas instâncias. Mas para assegurar a submissão dos juízes ao império da lei, fruto da vontade popular expressa nas deliberações da Assembléia Nacional, criou a Corte de Cassação, com a função de anular, enquanto órgão auxiliar do Poder Legislativo, as decisões judiciais contrárias à lei, velando pelo primado do direito objetivo e reduzindo os juízes a serem a *boca da lei*, segundo a expressão cunhada por Montesquieu.

A Corte de Cassação francesa, que tinha função meramente anulatória, inspirou o surgimento, no Século XIX, das Cortes Supremas em toda a Europa e inclusive no Brasil, através da criação, em 1.828, do Supremo Tribunal de Justiça do Império.

Assim, qualquer cidadão, que se reputasse atingido por uma decisão judicial contrária à lei e irrecurível por qualquer outro meio de impugnação, podia dirigir-se, através da revista, ao Supremo Tribunal de Justiça, que, se reconhecesse a violação da lei, anularia a decisão e determinaria a realização de um novo julgamento. A revista originariamente possuía apenas caráter anulatório e é o antecedente histórico dos atuais recursos especial e extraordinário.

¹⁰ TUCCI, José Rogério Cruz e, AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de História do Processo Civil Lusitano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, pp. 62-63, 79-80 e 200.

Na época do Império, havia no Brasil apelação contra sentenças; várias espécies de agravo casuisticamente criados para atacar certas decisões proferidas no curso do processo e até mesmo sentenças; revista para o Supremo Tribunal de Justiça com a função de cassação ou controle de legalidade das decisões judiciais; e embargos, característicos do direito luso-brasileiro, propiciando um novo julgamento pelo mesmo juiz que havia proferido a decisão embargada. Entre estes últimos, podemos citar os embargos de nulidade, infringentes, de declaração, de restituição de menores, de retenção, à execução e de terceiro etc. Alguns deles eram ações autônomas, outros, recursos, e a sua proliferação, não muito bem explicada pela doutrina, a meu ver funda-se em duas razões principais.

Em primeiro lugar, devemos considerar a *larga extensão territorial* do império lusitano e posteriormente do Brasil. Diante dessa característica, era muito difícil o acesso aos tribunais de segundo grau. O primeiro tribunal criado no Brasil foi o da Relação da Bahia, no início do século XVII, que demorou muito para ser instalado, pois os portugueses, entre eles os juízes, não queriam vir para o Brasil, considerado terra de degredados ou aventureiros.

Até meados do século XVII, quando da instalação da Relação da Bahia, todos os recursos eram remetidos a Lisboa, o que, obviamente, causava muita demora no seu julgamento. A Relação do Rio de Janeiro foi o segundo tribunal superior criado no Brasil, em meados do século XVIII, quando a capital da colônia transferiu-se de Salvador para o Rio de Janeiro. Foi primeiramente instalado no atual prédio da Faculdade Nacional de Direito e transferiu-se posteriormente para uma rua próxima, cujo nome atual é Rua da Relação, situada igualmente no centro da cidade do Rio de Janeiro.

Portanto, o acesso por meio de recursos aos tribunais de segundo grau era muito demorado e caro, de modo que aquele que sofresse algum prejuízo causado por uma decisão judicial dificilmente teria tempo para evitar algum dano irreparável. Essa dificuldade de acesso aos tribunais, em razão da distância e dos custos, é uma das razões históricas para a proliferação dos embargos: era muito menos custoso e demorado dirigir-se

novamente ao juízo de primeiro grau, prolator da decisão, e pressioná-lo para que reconsiderasse as suas decisões.

O segundo motivo histórico que gerou o elevado número de embargos existentes no sistema recursal pátrio é fundado no receio que nutriam os magistrados – e muitos ainda o têm – de sofrerem represálias, sanções ou perseguições por parte dos tribunais em razão do conteúdo de suas decisões. Assim, muitos juízes pressionavam as partes para que, antes de dirigirem-se aos tribunais, buscassem com eles a reforma da decisão. Com essa prática, na verdade, muitos juízes tornavam-se as verdadeiras autoridades máximas nas localidades em que exerciam suas funções.

O sistema recursal do Império era caótico e os esforços para simplificá-lo fracassaram. Proferida a sentença, a parte vencida podia embargar ou apelar. Utilizaria o primeiro recurso se quisesse alegar matéria nova, dirigindo-o ao próprio juiz para uma nova sentença. Não aduzida matéria nova, utilizava-se a parte do recurso de apelação a um tribunal de segundo grau. Na primeira hipótese, da decisão dos embargos ainda cabia apelação.

Com o advento da República, altera-se o antigo sistema, repleto de oportunidades de recursos. O sistema republicano, influenciado pelo modelo norteamericano, transforma a revista do Império no recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal, cabível contra qualquer violação da lei ou da Constituição. Alargou-se a sua função, que antes era meramente anulatória. Assim, na República, toda vez em que o Supremo Tribunal Federal, provocado pela interposição do recurso extraordinário, constatasse violação à lei ou à Constituição, julgaria desde logo a causa. Copiou-se o sistema americano e o alemão, abandonando a tradição francesa de recurso no interesse da lei, com efeitos meramente anulatórios. Continuaram a existir no período republicano a apelação e as inúmeras espécies de agravos e de embargos de origem lusitana.

O Código de Processo Civil de 1.939 previa nove recursos: apelação, agravo de petição, agravo de instrumento, agravo no auto do processo, embargos de declaração, embargos infringentes, recurso extraordinário, recurso de revista e carta testemunhável.

Apesar da grande quantidade de recursos, o Código em questão não previa a recorribilidade de todas as decisões.

Avançando positivamente, o Código atual quis simplificar o sistema anterior e reduziu o número de recursos, que passaram a ser os seguintes: apelação, agravo, embargos infringentes, embargos de divergência, embargos de declaração e recurso extraordinário.

Durante sua vigência, sobrevieram sucessivas reformas. A Constituição de 1.988, por exemplo, desdobrou o antigo recurso extraordinário, antes cabível tanto para o controle do respeito à lei federal como para o controle de constitucionalidade das decisões dos tribunais. Após a vigência do novo texto constitucional, as decisões que violem, neguem vigência ou dêem interpretação diversa à legislação federal devem ser atacadas por meio de recurso especial, dirigido ao Superior Tribunal de Justiça, criado igualmente pela nova ordem constitucional (art. 105, III). Violando a decisão algum preceito constitucional, deve ser atacada por meio de recurso extraordinário, dirigido ao Supremo Tribunal Federal (art. 102, III).

Hoje, o artigo 496 do Código de Processo Civil enumera oito recursos: a apelação, o agravo, os embargos infringentes, os embargos de declaração, o recurso ordinário, o recurso especial, o recurso extraordinário e os embargos de divergência.

Além desses, há agravos internos ou regimentais espalhados pelo Código e regimentos internos dos tribunais. A reclamação e a correição parcial continuam existindo, embora pouco usadas. Como sucedâneos recursais, o mandado de segurança e o *habeas corpus* seguem sendo invocados como meios de impugnação de decisões judiciais.

2 - OS FUNDAMENTOS

Em interessante pesquisa recente efetuada com base em abundante doutrina, Laércio Becker¹¹ alinhou os seguintes argumentos contrários à revisão das decisões judiciais por

¹¹ BECKER, Laércio. Duplo grau: a retórica de um dogma. In MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). **Estudos de Direito Processual Civil - homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pp.142-151.

meio dos recursos: 1) os tribunais superiores seriam uma aristocracia judiciária; 2) o tribunal superior pode não acolher recurso de sentença mal proferida; 3) o tribunal superior pode reformar para pior uma sentença bem proferida; 4) o tribunal superior pode inutilmente confirmar a sentença de primeiro grau; 5) mesmo reformando para melhor, o provimento do recurso compromete o prestígio e a credibilidade do Judiciário; 6) o recurso retarda e encarece a solução do litígio; 7) o juiz de primeiro grau tem uma visão mais viva do litígio e dos litigantes do que o de grau superior; 8) se os juízes fossem escolhidos pelas partes, como no juízo arbitral, o recurso seria desnecessário; 9) do ponto de vista lógico, o recurso seria uma superfluidade porque o juiz, com a sentença, cumpriu o dever do Estado e esgotou a função jurisdicional.

A seguir, o Autor enumera os argumentos favoráveis aos recursos, a saber: 1) é natural ao homem não se conformar com o primeiro juízo desfavorável; 2) o texto de Ulpiano, que traduz o terceiro argumento negativo acima mencionado, está deturpado, havendo suspeita de que não seja autêntico; 3) Os recursos obrigam cautela e estudo por parte da jurisdição inferior; 4) somente os recursos firmam e uniformizam a jurisprudência; 5) os recursos estão consagrados em vários ordenamentos jurídicos, especialmente dos povos cultos; 6) o tribunal superior tem mais experiência, competência e segurança; 7) a possibilidade inafastável de erro na sentença de primeiro grau; 8) os recursos criam dependência e hierarquia entre os órgãos judiciais; 9) os recursos corrigem as eventuais iniquidades do primeiro grau; 10) a confirmação da sentença dá autoridade e prestígio ao juiz de primeiro grau; 11) os recursos determinam que as causas mais complexas e mais importantes sejam definitivamente decididas pelos juízes mais experientes e qualificados; 12) qualquer reexame contribui para uma decisão de melhor qualidade com melhor interpretação e aplicação da lei; 13) a primeira sentença serve de elemento filtrante e freio à decisão de segundo grau; 14) o tribunal superior está distante do calor e da influência das discussões; 15) a concentração do poder jurisdicional em apenas um órgão pode transformar-se em instrumento de arbítrio.

O natural inconformismo do vencido que litigou de boa fé, a maior probabilidade de acerto e de justiça da decisão recursal, que soma toda a cognição já produzida no juízo inferior à cognição resultante da nova discussão da causa a partir dos fundamentos da

decisão recorrida, e a necessidade de manter o poder dos juízes sob permanente controle são, a meu ver, fundamentos que recomendam que as decisões judiciais, em especial aquelas que incidem sobre o direito subjetivo material das partes, sejam sempre passíveis de reexame no mesmo processo por meio de recursos para órgãos jurisdicionais mais experientes e qualificados.

Na consciência dos povos, a criação dos recursos serviu para atender aos seus anseios de justiça, sedimentando-se esse direito de acesso a magistrados hierarquicamente superiores na cultura dos povos ocidentais, como uma garantia indispensável à eficácia dos direitos subjetivos dos cidadãos e um necessário mecanismo de proteção contra o arbítrio judicial.

Mas, como vimos acima, também as decisões dos juízes mais categorizados que julgam os recursos são falíveis e, admitir que sempre possam existir meios de impugnação para anulá-las ou corrigi-las, levaria a uma interminável cadeia de recursos e à mais absoluta insegurança nas relações jurídicas.

3 - O DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

Os limites à renovação dos processos, ao reexame das decisões judiciais e à admissibilidade dos recursos nunca se estabilizaram de modo definitivo. Nos primeiros séculos do Império Romano todas as decisões judiciais passaram a ser recorríveis e podia-se recorrer sucessivamente até chegar ao Imperador. Justiniano, no século VI, eliminou os recursos contra as decisões interlocutórias e limitou os recursos a três graus sucessivos.

Em pleno século XXI, originários das mesmas fontes romanas, existem sistemas processuais sem recursos contra as decisões interlocutórias, outros com recursos apenas contra algumas decisões interlocutórias, e ainda outros, como o atualmente vigente no processo civil brasileiro, com recursos contra quaisquer decisões interlocutórias (CPC, art. 522). Existem sistemas em que são considerados recursos meios de impugnação posteriores à coisa julgada, como a ação rescisória, e outros, como o nosso, em que a noção de recurso

está associada à inexistência de coisa julgada. Existem países em que se admitem recursos para o mesmo órgão jurisdicional que proferiu a decisão impugnada, como o Brasil, enquanto que em outros o recurso impõe o reexame por órgão jurisdicional diverso e mais qualificado. Raros países possuem recursos com base em voto vencido, como os nossos embargos infringentes, ou para esclarecimento de omissões e obscuridades, como os nossos embargos declaratórios.

Se fizermos um paralelo dos sistemas processuais da *civil law* e da *common law*, constataremos diferenças ainda maiores, pois nestes, conforme acentuado por Damaska¹², o controle que os tribunais superiores exercem sobre os juízos e tribunais inferiores é muito menor, restringindo-se a corrigir eventuais excessos destes últimos no exercício dos seus poderes, que são considerados discricionários, e a escolher certas questões de direito para pronunciamento, quando se consideram aptos a fazer o direito evoluir através de novos precedentes.

Além disso, o acesso à instância recursal quase sempre está condicionado a uma autorização do juízo de origem, mediante decisão irrecorrível, que avalia a consistência da argumentação e a sua probabilidade de êxito.

Em meio a tantas diversidades, muitas delas ditadas por fatores culturais entranhados no cotidiano da administração da justiça de cada povo, algumas características comuns, geralmente aceitas, poderiam ser apontadas, não estivessem elas próprias em risco e sofrendo progressiva deterioração, na luta frenética e sem limites, que atualmente empreendem os tribunais superiores, para debelar a crise decorrente do aumento avassalador de processos e de recursos.

O duplo grau de jurisdição é a principal dessas características, incorporada à tradição jurídica dos países da *civil law*, segundo a qual todo aquele que for atingido na sua esfera de interesses por uma decisão judicial desfavorável deve ter direito a uma segunda oportunidade de julgamento.

¹² DAMASKA, Mirjan R., *The faces of Justice and State Authority*, Yale University Press, 1986 (tradução italiana: *I volti della giustizia e del potere*, Il Mulino, Bologna, 1991, p.95).

No processo penal, o princípio do duplo grau de jurisdição em favor do acusado é uma garantia fundamental universalmente reconhecida, inscrita na Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 8º, § 2º, letra h) e em todos os instrumentos internacionais de direitos humanos.

No processo civil, é controvertida a sua natureza de garantia fundamental. Sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal tem entendido que, no âmbito do processo civil, o duplo grau de jurisdição não é uma garantia fundamental, mas um princípio infraconstitucional. Portanto, segundo tal entendimento, poderia a lei em determinados casos não prever o julgamento por uma nova instância, ou seja, deixar de conferir à parte uma segunda oportunidade de julgamento.

Os processualistas civis, de um modo geral, pensam o contrário, por diversas razões. A primeira delas funda-se no fato de que admitir que alguém perca um direito ou não possa exercê-lo por causa de uma única decisão significa submeter aquele que se considera o seu titular ao arbítrio de um único órgão jurisdicional, o que se agrava ainda mais quando esse órgão é composto de apenas um juiz.

Em segundo lugar, o Poder Judiciário, diante de casos idênticos, tem de proferir decisões idênticas. Se órgãos jurisdicionais julgam de forma diversa causas idênticas e os vencidos são impedidos de recorrer, viola-se o paradigma do Estado de Direito de que todos devem ser tratados igualmente pelo Poder Público.

Justamente porque não é possível que todos os juízes julguem sempre no mesmo sentido é que deve haver recursos a tribunais que estejam a eles sobrepostos, conferindo entendimento uniforme a questões idênticas e evitando a chamada loteria judiciária. A igualdade de todos no Estado de Direito exige que o Judiciário atue harmonicamente, e para isso é indispensável o direito ao recurso¹³.

Então, mesmo não previsto expressamente no artigo 5º da Constituição Federal como garantia fundamental do processo civil, o duplo grau de jurisdição integra o devido

¹³ Jaime Guasp entende que a uniformização da jurisprudência refoge da “verdadeira essência da função jurisdicional” (GUASP, Jaime. **Derecho procesal civil**. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, tomo 2º, 1968, pp.809-811), opinião que é criticada por José Frederico Marques (MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, vol. IV, 2ª ed., 1963, p. 127).

processo legal, o qual incontestavelmente constitui-se numa daquelas garantias ou direitos fundamentais (inciso LIV). Entretanto, os instrumentos internacionais de direitos humanos e a jurisprudência internacional não reconhecem o duplo grau de jurisdição como garantia fundamental no processo civil¹⁴ pelo caráter discricionário de que se reveste o acesso às jurisdições superiores nos países da *common law*.

Os fundamentos do princípio do duplo grau de jurisdição são os mesmos do direito de recorrer já enumerados acima. O primeiro é o inconformismo do vencido, daquele que demandou ou se defendeu de boa-fé, acreditando ser o titular do direito guerreado. Para satisfazer a esse inconformismo, deve-se conferir-lhe uma segunda oportunidade de julgamento da causa, tanto em relação às questões de fato, quanto às de direito.

Assim, o reconhecimento da justiça das decisões judiciais depende muito do sistema de recursos, já que o vencido tende a ter como injusta a decisão a ele desfavorável. No sistema de duplo grau, se o vencido não se convenceu dos argumentos do juiz de primeiro grau, ele pode provocar um novo julgamento, a ser proferido por um tribunal mais qualificado, composto de magistrados mais experientes.

O segundo fundamento do duplo grau de jurisdição é o de melhorar a qualidade das decisões judiciais, aumentando a sua probabilidade de acerto e de justiça. A decisão monocrática, como vimos, tende a gerar o inconformismo do vencido. O recurso a um tribunal superior, que reapreciará a causa colegiadamente, deve assegurar, ao menos teoricamente, a prolação de decisões mais acertadas e mais justas. Ademais, o tribunal de segundo grau terá uma cognição mais completa porque os fundamentos da decisão recorrida, que reapreciará, terão sido examinados e debatidos nas razões e contra-razões recursais apresentadas pelas partes.

O terceiro fundamento do princípio do duplo grau de jurisdição é o de coibir o arbítrio judicial. Toda autoridade pública, sabedora de que seus atos não podem ser revistos, tende a praticar atos arbitrários. Trata-se de uma característica do comportamento humano que não atinge apenas os magistrados.

¹⁴ GUINCHARD, Serge, et. alii. **Droit processuel - droit commun et droit comparé du procès équitable**. Paris: Dalloz, 5ª ed., 2009, pp. 690/691.

Assim, o duplo grau de jurisdição é um freio ao arbítrio, porque submete as decisões judiciais ao olhar vigilante do tribunal, que pode reformá-las, anulá-las ou corrigi-las. Psicologicamente, o juiz, ciente daquela vigilância, tende a ser mais cauteloso e propenso a proferir decisões bem fundamentadas e ponderadas.

É verdade que esse fundamento condiz apenas com ambientes de justiça democrática, podendo tornar-se instrumento de intimidação dos juízes nos sistemas autoritários. O controle da justiça e do acerto das decisões judiciais exercido pelos tribunais não pode significar o sacrifício da *independência* dos juízos monocráticos. Em outras palavras, é importante que exista tal controle, mas ele não pode ser intimidador, a ponto de criar nos juízes o receio de sofrerem qualquer represália em razão do conteúdo das suas decisões¹⁵.

O duplo grau de jurisdição de que hoje tratamos teve origem na Revolução francesa, na qual se travou uma grande polêmica entre os que lhe eram contrários, querendo libertar os juízes de primeiro grau do jugo da nobreza e do absolutismo monárquico que dominava as instâncias superiores e subjugava as jurisdições senhoriais, e os que o defendiam, temerosos do arbítrio dos juízes.

Pensou-se então em acabar com os juízes profissionais, instituindo juízos compostos de leigos escolhidos pelo povo. Afinal, no velho direito germânico, como na *common law*, tribunais populares dispensavam instâncias recursais.

Líderes da Revolução recolheram então milhares de cartas de participantes do movimento, os chamados *cahiers de doléance*, em que prevaleceu a idéia de que deveriam existir dois graus ordinários de jurisdição.

Alfredo Buzaid, citando Redenti, leciona que o número de reexames fixado no princípio do duplo grau representa a busca de um ponto de equilíbrio entre “o desejo de melhorar a decisão *per gradus* e a necessidade de concluir o processo sem delongas”. Os tribunais de segunda instância “reúnem maior tirocínio e experiência, além de ilustração e

¹⁵ Nesse sentido, é preocupante o teor da Resolução nº 106/2010, do Conselho Nacional de Justiça, que estabeleceu como um dos critérios objetivos de avaliação do desempenho qualitativo dos magistrados, para efeito de promoção, “o respeito às súmulas do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores” (art. 5º, letra e).

cultura, adquiridas ao longo dos anos no exercício da função judiciária”¹⁶. No mesmo sentido, José Frederico Marques assinala que o sistema recursal deve ser o ponto de equilíbrio de duas exigências ou tendências antagônicas: a de propiciar o controle e aperfeiçoamento das decisões judiciais e a de garantir, em certo momento, a sua inexorabilidade¹⁷.

O duplo grau é consequência, portanto, das exigências de justiça e segurança, graças a um segundo exame que permita a correção de erros e o suprimento de lacunas.

Rememorando o debate na Assembléia Constituinte francesa a respeito da pluralidade dos graus de jurisdição, Seabra Fagundes sustenta que o sistema de recursos existe como fator de maior segurança para o acerto da prestação jurisdicional, pois, constitui meio para reapurar a juridicidade da sentença recorrida, existindo razões que o fazem supor mais seguro na apreciação dos fatos e na aplicação do direito, entre as quais o juízo coletivo, que “enseja solução mais adequada da lide, através da permuta de argumentos, do choque de raciocínios, do esclarecimento recíproco de obscuridades e minúcias do processo”¹⁸.

A extensão do princípio do duplo grau merece ser analisada sob duplo aspecto, variando a esse respeito os diversos ordenamentos. O primeiro se refere à sua aplicação a todos os tipos de decisão ou apenas às sentenças. Assim, por exemplo, no direito norteamericano, pela chamada *final-judgement rule*, em geral somente pode ser interposto recurso da sentença final¹⁹, não das decisões interlocutórias, que o juiz profere no curso do processo. No nosso processo do trabalho, assim como no processo civil italiano, não existem recursos contra decisões interlocutórias.

Alcides de Mendonça Lima leciona que não se exige que toda decisão judicial seja recorrível, mas que o sejam todas aquelas que representam a entrega definitiva da prestação

¹⁶ BUZAID, Alfredo. Ensaio para uma revisão do sistema de recursos no Código de Processo Civil. In **Estudos de Direito**. São Paulo: Saraiva, 1972, pp. 102-103.

¹⁷ MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, vol. IV, 2ª ed., 1963, pp.6-7.

¹⁸ FAGUNDES, M. Seabra. **Dos recursos ordinários em matéria civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1946, pp. 12-15.

¹⁹ FRIEDENTHAL, Jack H., KANE, Mary Kay e MILLER, Arthur R.. **Civil procedure**. St. Paul: Thomson-West, 4ª ed., 2005, p. 618.

jurisdicional ou o encerramento do processo ou que levem a consequências irremovíveis. É o princípio da recorribilidade das resoluções judiciais relevantes²⁰. Parece-me que o problema deve ser posto em outros termos. Os mesmos fundamentos que justificam a recorribilidade das sentenças finais impõem também a possibilidade de impugnação de qualquer decisão interlocutória da qual possa resultar algum prejuízo para a parte, seja esse prejuízo removível ou não. O que interessa é saber se toda decisão interlocutória deve ser impugnável de imediato ou somente por meio do recurso contra a sentença final. Parece-me que a ampla impugnabilidade imediata de qualquer decisão interlocutória é um exagero, que pode atravancar o processo com uma série interminável de incidentes. Além disso, causa a ilusão de que toda decisão não impugnada preclui, o que torna o processo um jogo de espertezas e acaba provocando a interposição de recursos contra decisões pouco relevantes. Devem ser impugnáveis de imediato as decisões interlocutórias que causam à parte uma lesão grave ou de difícil reparação. As demais devem aguardar a sentença final e serem reexaminadas pelo tribunal superior juntamente com o recurso contra ela interposto. Nesse sentido tentou evoluir o direito brasileiro com a reforma do artigo 522 do CPC procedida pela Lei 11.187/2005, a meu ver sem muito êxito, porque a excessiva fragmentação do procedimento de primeiro grau e a sua demora acabaram por agravar pequenas lesões que, num procedimento mais concentrado, poderiam ser reexaminadas apenas a final. Além disso, se, de qualquer modo, cabe agravo contra qualquer decisão, retido ou imediato, e parece prudente recorrer para evitar eventual preclusão, por que não tentar processá-lo de imediato, procurando evidenciar a existência de uma lesão grave?

Sob outro aspecto é preciso diferenciar a extensão do princípio do duplo grau de jurisdição. Já Chiovenda esclarecia que o duplo grau pode disciplinar-se de dois modos: ou igualando plenamente o segundo grau ao primeiro; ou limitando o exame do segundo grau²¹. O direito francês, o direito italiano e o próprio direito alemão dos Códigos do século XIX, seguindo a tradição romana, consideravam que o recurso de apelação provocava a renovação do processo por inteiro. Aproveitavam-se as provas produzidas na primeira

²⁰ LIMA, Alcides de Mendonça. **Introdução aos recursos cíveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1965, p. 138; idem MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, vol. IV, 2ª ed., 1963, pp. 55-56.

²¹ CHIOVENDA, Giuseppe. **Principi di Diritto Processuale Civile**. 3ª ed. Napoli: Jovene, 1923, p.392-393.

instância, mas apresentavam-se novos atos postulatórios, com a possibilidade de suscitar questões de fato e de direito não arguidas no primeiro grau, com novos pedidos, novas defesas e até reconvenção, novas provas e nova audiência, tudo culminando em uma nova sentença. O segundo sistema, originário da *common law* e que penetra nos países da *civil law* a partir do Código austríaco de 1895, considera o recurso como um simples instrumento de controle da legalidade e justiça da decisão de primeiro grau. A sua interposição provoca somente a prolação de uma nova sentença ou de uma nova decisão, com o mesmo material cognitivo já suscitado e produzido no primeiro grau de jurisdição. Novas questões de fato e de direito e novas provas somente podem ser alegadas e produzidas *ex novo* em casos excepcionais, como os de fatos ou de direito supervenientes ou de provas surgidas ou conhecidas após o encerramento da instrução perante o juízo recorrido. De qualquer modo, os elementos individualizadores da demanda inicialmente proposta não podem ser alterados. Pouco a pouco todos os países europeus, em maior ou menor extensão, especialmente como reação ao crescimento do volume de recursos, passaram a limitar a cognição em grau de recurso, transformando a extensão do duplo grau da função de renovação do processo como um todo para a de simples controle da justiça e acerto da decisão de primeiro grau. Alguns sistemas, como o alemão por meio da reforma de 2001, aproximaram mais fortemente os seus ordenamentos dos sistemas da *common law*, sujeitando a admissão do recurso de apelação a um juízo de probabilidade de êxito e limitando o seu efeito devolutivo, ou seja, o seu poder de reexame, apenas às questões de direito, excluída a matéria de fato²².

Seja qual for a extensão que se dê ao princípio, nenhuma causa deve ficar sujeita a um julgamento definitivo em apenas um grau de jurisdição, ainda que de pequeno valor. A única exceção, admitida pelas Cortes Internacionais de Direitos Humanos até mesmo em matéria criminal, é a dos processos da competência originária de tribunais superiores porque, nesse caso, a colegialidade do juízo de grau único, a mais elevada qualificação, experiência e reputação dos juízes, a mais intensa transparência a que estão sujeitos os seus julgamentos, são suficientes para desestimular decisões arbitrárias e justificam a dispensa do duplo exame.

²² Remo Caponi. L'appello nel sistema delle impugnazioni civili (note di comparazione anglo-tedesca). In **Rivista di diritto processuale**, ano LXIV, n. 3, maio-junho de 2009. Padova: CEDAM, pp.632, 635-642..

3.1 - O DUPLO GRAU E A REDUÇÃO DAS GARANTIAS

Pedro Batista Martins observou corretamente que a adoção de um modelo de duplo grau que se resume à renovação do julgamento final, que é o modelo ao qual progressivamente se afeiçoam por razões práticas quase todos os ordenamentos jurídicos contemporâneos, sacrifica um dos princípios cardiais do sistema oral, a imediação, pela distância dos julgadores em relação às provas²³.

Alcides de Mendonça Lima igualmente adverte para o perigo de uma cognição insuficiente como consequência da obsessão pela celeridade, pois “há maior prejuízo no erro dos juízes do que na demora no andamento dos processos”. No mesmo sentido, invoca a lição de Eduardo Couture: “... por las mismas razones por las cuales nadie ansia sacrificar la eficacia de la justicia a su bondad, tampoco es posible sacrificar su bondad a la celeridad”²⁴.

Repudiando a redução da extensão do duplo grau, Juan Montero Aroca conclui que somente há verdadeira segunda instância se as partes podem fazer novas alegações fáticas e propor e produzir novas provas, pois, desse modo, o tribunal de segundo grau disporá de todos os elementos colhidos no primeiro grau e mais os que tiverem sido por ele colhidos diretamente²⁵.

No entanto, a Corte Européia de Direitos Humanos já se manifestou no sentido de que, tendo havido uma audiência pública na primeira instância, as circunstâncias da causa podem dispensá-la na segunda instância.

Paradoxalmente, a mesma Corte tem entendido que, se o ordenamento jurídico institui jurisdições recursais, ele deve garantir que perante elas os jurisdicionados gozem do direito a um processo justo, entendido como o direito de acesso ao juízo do recurso com

²³ MARTINS, Pedro Batista. **Recursos e processos da competência originária dos tribunais**. Rio de Janeiro: Forense, 1957, p. 150.

²⁴ LIMA, Alcides de Mendonça. **Introdução aos recursos cíveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1965, p.139-140.

²⁵ MONTERO AROCA, Juan, **Proceso (civil y penal) y garantia**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 290.

todas as garantias fundamentais que asseguram a tutela jurisdicional efetiva pelo juízo recursal²⁶.

O duplo grau de jurisdição, com a integral renovação do processo ou apenas com a renovação do julgamento, tem de assegurar às partes, junto ao juízo de segundo grau, a mais ampla possibilidade de influírem eficazmente na nova decisão. Não satisfaz às garantias constitucionais do contraditório e do devido processo legal, que, perante o novo juízo, os litigantes estejam tolhidos de oferecer alegações, propor e produzir provas e travar, se desejarem ou se as circunstâncias da causa o exigirem, o diálogo humano com os seus julgadores, meios indispensáveis a que possam influir eficazmente na nova decisão. Mesmo nos chamados recursos de fundamentação vinculada, ou seja, aqueles em que o novo juízo está restrito à reapreciação de algum tipo de questão, como a questão de direito federal, constitucional ou legal, no recurso extraordinário e no recurso especial, em relação a essa questão as partes devem desfrutar de todas as garantias de um processo justo.

Assim, não basta que o contraditório e a ampla defesa, com todos os seus consectários, tenham sido amplamente assegurados no primeiro grau de jurisdição, porque à segunda instância incumbe proferir uma nova decisão, por novos juízes, com o mesmo alcance da decisão de primeiro grau e que a esta substitui. Portanto, as garantias fundamentais devem ser amplamente respeitadas perante esse novo juízo, sem prejuízo do aproveitamento do conteúdo dos atos já praticados no primeiro grau. Não se despreza a cognição de primeiro grau, mas reconhece-se que, pelo menos a que resultou de atos orais, pode apresentar-se perante o tribunal de 2º grau de modo bastante incompleto. Por isso, não é possível aceitar a simplificação do procedimento recursal a ponto de rejeitar de modo absoluto a possibilidade de renovação dos atos orais ou de produção de novas provas, sob pena de sacrificar o respeito às garantias fundamentais do processo e de desvirtuar o próprio princípio do duplo grau de jurisdição que, em lugar de aumentar a probabilidade de acerto e de justiça da decisão, tornará bastante provável que a decisão de 2º grau seja pior do que a anterior.

²⁶ GUINCHARD, Serge, et. alii. **Droit processuel - droit commun et droit comparé du procès équitable**. Paris: Dalloz, 5ª ed., 2009, p. 683.

Nessa perspectiva deve ser analisada a legitimidade de certas limitações e preclusões, como a do art. 517 do CPC, que costumam ser aplicadas com excessiva rigidez, em detrimento ao respeito das garantias fundamentais do processo, o que deixaremos para outro estudo.

4 – PRINCÍPIOS DO SISTEMA DE RECURSOS

Apesar do inegável fundamento na dignidade humana, que teve em todas as épocas a instituição de recursos contra decisões judiciais, a criação de órgãos jurisdicionais e de tribunais, assim como dos meios de acessá-los, sempre esteve sob a influência do poder político, que, na medida do possível, usou a administração da justiça como um instrumento a seu próprio serviço, mais do que a serviço dos jurisdicionados. Desde o *Corpus Juris Civilis* de Justiniano, no século V d.C., passando pelas nossas Ordenações do Reino, pelo Código de Luís XIV de 1667, pelo Código de Napoleão de 1807, por quase todas as codificações dos séculos XIX e XX, as grandes legislações processuais refletiram os costumes judiciários de cada povo, procurando acomodá-los aos interesses dos tribunais e dos soberanos.

Entretanto, para possibilitar o estudo do nosso próprio sistema recursal e, especialmente, para avaliar qualitativamente a evolução recente que ele vem sofrendo no Brasil e que se imagina que ainda venha a sofrer, particularmente no enfrentamento do volume excessivo de processos e na expansão da sua informatização, considero indispensável fixar os princípios básicos, geralmente aceitos, que têm caracterizado os sistemas recursais dos povos ocidentais, em especial nos países da *civil law*, a saber: a) a taxatividade; b) a voluntariedade; c) a eventualidade; d) a temporariedade; e) proibição da *reformatio in pejus*; f) a diversidade do órgão; g) a colegialidade; h) a publicidade; i) a singularidade; j) a fungibilidade; k) o desestímulo a recursos protelatórios; l) a exaustividade do sistema recursal; m) acesso a um tribunal superior para coibir decisões judiciais contrárias à lei; e n) o acesso subsidiário à jurisdição constitucional.

a) *Taxatividade*

No processo civil como relação jurídica de direito público, que se trava perante um órgão estatal, somente a lei pode facultar que a decisão de um órgão jurisdicional seja reexaminada e revista, seja por ele mesmo, seja por outro órgão, porque com a sua decisão, o órgão jurisdicional que a proferiu cumpriu o dever do Estado de exercer a jurisdição em relação à pretensão ou à questão que lhe foi submetida. Ainda que se considere que, pelo princípio do duplo grau de jurisdição, a lei estatal incorreria em inconstitucionalidade por omissão se deixasse de instituir recurso para possibilitar o reexame de qualquer resolução judicial relevante, na verdade o exercício do direito de recorrer não é viável sem a regulamentação legal que defina perante quem o recurso deve ser interposto, em que prazo, quais as decisões que por meio dele podem ser impugnadas, quais as questões cujo exame pode provocar e a que órgão caberá julgá-lo. Não se admite, portanto, recurso por analogia.

Por outro lado, a taxatividade é uma decorrência da separação de poderes. O Legislativo estabelece as normas de comportamento, genéricas e abstratas, que os juízes e as partes devem observar no processo judicial, pois somente o legislador pode conferir direitos e deveres a quaisquer sujeitos. Já salientei²⁷ que, em certos casos excepcionais, a Constituição e a lei processual têm delegado aos regimentos internos dos tribunais complementarem a legislação processual, como ocorre com a disciplina da competência dos órgãos judicantes dos próprios tribunais, prevista no inciso I do art. 96 da Carta Magna, com as regras sobre a distribuição e sobre o processamento dos embargos infringentes, que são tratadas nos artigos 548 e 533 do Código de Processo Civil. Essa complementariedade não permite que a resolução de um tribunal crie um recurso ou estabeleça normativamente casos diversos de admissibilidade de um recurso não previstos pela lei, pois, se isso ocorrer, estará sendo violado o princípio constitucional da separação de poderes e estaremos retrocedendo à Idade Média, em que os tribunais criavam as suas próprias regras, legislando como lhes convinha em seu próprio benefício. Mas não é preciso regredir a muitos séculos atrás. Nós mesmos, no Brasil, antes da Constituição de 1988, tivemos a triste experiência da autorização dada ao Supremo Tribunal Federal para regular em seu regimento interno o processo das causas de sua competência e de limitar, pelo mesmo

²⁷ GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**. Rio de Janeiro: 2ª ed., Forense, vol. I, 2010, item 2.2.5.

meio, a admissibilidade do recurso extraordinário, o que resultou na manipulação das normas pelo tribunal em benefício do seu próprio interesse e em escolhas arbitrárias de matérias suscetíveis de serem reexaminadas.

Recentemente assistimos no Brasil a uma violação desse princípio com a extensão jurisprudencial da admissibilidade de embargos de declaração contra decisões interlocutórias. Ora, o art. 535 somente prevê esses embargos para esclarecimento de sentenças ou acórdãos, não de decisões interlocutórias do juízo de primeiro grau. O argumento para justificar essa extensão é o de que também as decisões interlocutórias podem apresentar omissão, obscuridade ou contradição e que a sua complementação ou o seu esclarecimento podem dificultar a continuidade do processo. Ocorre que, à falta de previsão legal, nada impede que o juiz em decisão subsequente, complemente ou esclareça a decisão interlocutória omissa, obscura ou contraditória. O que não é possível é admitir que os embargos de declaração que foram estruturados para impugnar decisões finais dos juízos de primeiro grau e, por isso, suspendem a execução da decisão e interrompem o prazo para a interposição de qualquer outro recurso, sejam utilizados para atacar decisão interlocutória, prejudicando a marcha do processo e interrompendo o prazo para a interposição do recurso cabível.

A taxatividade tem sido invocada com frequência para censurar a criação por leis estaduais de organização judiciária ou regimentos internos dos tribunais dos chamados *agravos internos* ou *agravos regimentais*. Veja-se, por exemplo, o agravo criado pelo art. 226 do Código de Organização e Divisão Judiciária do Estado do Rio de Janeiro. A instituição de um recurso cria direito subjetivo processual, o que, de acordo com o art. 22, I, da Constituição Federal, é matéria da competência legislativa privativa da União Federal. Penso que, nesse caso, não se trata de um recurso. Nos tribunais superiores, o órgão jurisdicional não é cada juiz que o compõe, individualmente, mas o tribunal como um todo. Muitas vezes, como ainda veremos, no processamento de ações ou recursos perante os tribunais superiores, a lei delega a apenas um membro desse tribunal, monocraticamente, a prática de certos atos decisórios. Como o juiz natural da causa é o colegiado, os chamados *agravos regimentais* apenas facultam que o interessado exija que a matéria seja apreciada

por ele, não se contentando com a decisão monocrática do presidente do órgão ou do relator.

Mais uma quebra do princípio da taxatividade ocorreu com a edição, em dezembro de 2009, da Resolução nº 12, pelo Superior Tribunal de Justiça, instituindo a reclamação para o Tribunal, no prazo de quinze dias, para a reforma de decisão final de turma recursal de juizado especial cível estadual, quando a decisão reclamada afrontar súmula ou jurisprudência do próprio Tribunal. Essa Resolução permite que o STJ, como no processamento dos chamados recursos especiais repetitivos, suspensa o processamento de todas as causas sobre a mesma questão, pendentes em quaisquer juizados do País.

b) Voluntariedade

O recurso é necessariamente uma manifestação de vontade de um dos sujeitos processuais, movido por algum interesse em que a decisão recorrida seja reexaminada ou modificada. Como tal, o recurso provoca a renovação ou reiteração do exercício da jurisdição em relação a uma demanda ou a uma determinada questão jurídica. É assim, um ato de iniciativa processual, análogo à propositura da ação, dele diferindo, especialmente, porque esta corresponde a um ato de iniciativa originária. A ação provoca o exercício da jurisdição até então absolutamente inerte. Já o recurso é um ato de iniciativa derivada, que pressupõe o exercício da jurisdição sobre uma determinada causa ou sobre uma determinada questão. A ação determina a formação do processo, enquanto o recurso determina a continuidade do processo ou a instauração de novo incidente dentro de um processo pré-existente. Pela mesma razão segundo a qual a jurisdição não se exerce *ex-officio*, também ela não se renova, não se exerce novamente *ex-officio*.

O juiz não tem qualquer interesse em que a sua decisão seja revista ou reexaminada, por ser o mais isento de todos os sujeitos processuais. Para Carnelutti, o recurso é sempre voluntário, não porque não interesse ao Estado a verificação da justiça da sentença, mas porque a aquiescência das partes é indicativa ou de sua justiça ou da tolerabilidade da sua

injustiça, no sentido de que a sua reparação não compensa o custo da renovação do procedimento²⁸.

Na Idade Média e em épocas mais recentes, inicialmente no processo penal e posteriormente também no processo civil, na defesa de um suposto interesse público que poderia eventualmente ser violado por determinadas decisões judiciais, o legislador instituiu apelações *ex-officio*, que consistiam em ordens de remessa da sentença à instância superior pelo juiz que a proferiu, ficando a sua eficácia condicionada à sua confirmação. Alfredo Buzaid, antes mesmo do Código de 1973, teve oportunidade de demonstrar que não se tratava propriamente de um recurso, mas de uma mera providência ditada com fundamento na ordem pública. Conforme o Autor, essa imposição legal consistia numa ordem “de devolução da causa à instância superior”, reduzindo a sentença a uma mera situação jurídica, “não existindo como declaração de direito, mas tão-somente como elemento de uma possível declaração”²⁹. O Código de 73 manteve o instituto no artigo 475, embora não o incluísse no sistema recursal, mas na disciplina da coisa julgada, recebendo da doutrina e da jurisprudência a denominação de *duplo grau de jurisdição obrigatório*, de *remessa necessária* ou de *reexame necessário*. Atualmente esse reexame, por força de alterações introduzidas no referido artigo por legislação posterior, está restrito apenas a algumas causas e decisões de interesse da Fazenda Pública, com exclusão das causas em que a condenação ou o direito controvertido não exceda a 60 salários mínimos, nos embargos a execuções fiscais até esse limite, e nas causas em que a sentença se fundamente em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula desse Tribunal ou do Superior Tribunal de Justiça (CPC, art. 475, §§ 2º e 3º, acrescentados pela Lei 10.352/2001).

No atual estágio de evolução da doutrina processual, à luz das garantias fundamentais do processo, parece-me absolutamente insustentável a manutenção desse instituto, seja qual for a sua roupagem, por afronta à garantia da tutela jurisdicional efetiva (Constituição, art. 5º, XXXV). Esta garantia pressupõe o acesso do jurisdicionado ao órgão jurisdicional competente para, no exercício da soberana autoridade estatal, tutelar o seu

²⁸ CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del proceso civil**. Buenos Aires, EJEA, vol. II, 1973, p.187.

²⁹ BUZAID, Alfredo. Da apelação *ex-officio* no sistema do Código de Processo Civil. In **Estudos de Direito**. São Paulo: Saraiva, 1972, pp. 262 e 270.

direito, caso reconheça a sua existência. Submeter o jurisdicionado a um mero parecer, que não declara conclusivamente o direito das partes, nem representa o ato de vontade do Estado, mas o distancia do acesso ao seu juiz natural, reduz sensivelmente a efetividade do processo.

É verdade que institutos como a tutela antecipada (CPC, art. 273), a antecipação da tutela da pretensão recursal (art. 527-III) e outros têm minorado os efeitos nefastos do duplo grau de jurisdição obrigatório, que sobrevive como entulho autoritário representativo de uma época em que o Estado não confiava nos juízes de primeiro grau, nem na exação dos seus próprios procuradores.

c) Eventualidade

O recurso é um direito eventual, que nasce em determinado processo como consequência do prejuízo, do gravame ou da sucumbência. Ninguém interpõe um recurso, ninguém adquire o direito de interpô-lo, se não houver na decisão algum pronunciamento que lhe cause prejuízo ou que cause prejuízo ao interesse de alguém, que o recorrente esteja legitimado a defender. O prejuízo pode ocorrer na apreciação do direito material ou resultar da resolução de uma questão processual. Por isso, o direito de recorrer se origina da decisão desfavorável. Enquanto ela não existir, não existirá o direito de recorrer.

Questiona-se se os embargos declaratórios para esclarecer obscuridade ou contradição ou complementação em ponto omissis, sem alterar o conteúdo da decisão, seria propriamente um recurso, porque lhe faltaria a pretensão de reforma, modificação ou anulação da decisão e, portanto, mesmo o vencedor pode interpô-lo. Na minha opinião, por esse prisma a objeção não procede, porque a incerteza sobre o conteúdo total ou parcial da decisão, por falta de clareza ou de precisão, é também um prejuízo, ainda que mínimo, que pode trazer consequências jurídicas. Não se interpõem embargos de declaração apenas para aperfeiçoar esteticamente a decisão.

Se a omissão for total, isto é, se não houver decisão, o que ocorre nas hipóteses em que o juiz excede sem justificativa os prazos legais, também poder-se-ia vislumbrar prejuízo, no entanto, o direito que daí nasce, em razão da denegação de jurisdição, não é o

de recorrer, mas o de obter o provimento inicial do qual se absteve o juiz, nos termos do art. 198 do Código, através de outro juiz, sem prejuízo da promoção da responsabilidade disciplinar do primeiro magistrado. Para conciliar essa providência com a garantia do juiz natural, será indispensável que a escolha do novo julgador se revista da mais absoluta impessoalidade.

No direito brasileiro tem-se entendido que a decisão que encerra o processo sem resolução do mérito, por falta de condição da ação, de pressuposto processual ou por algum outro motivo previsto no art. 267, somente causa prejuízo ao autor, não ao réu. Essa orientação não me parece correta. Se o réu foi citado e já contestou a ação ou decorreu o seu prazo de resposta, tem ele interesse em obter uma sentença de mérito que o livre definitivamente do ônus de se defender e de ser molestado no gozo do seu direito pelas provocações do autor. Ora, a sentença terminativa não confere ao réu essa segurança, consoante estabelece o art. 268 do Código. Portanto, tem sim o réu interesse em recorrer da decisão terminativa do feito. Tanto isso é certo, que o próprio Código estabelece, no artigo 267, § 4º, que após o decurso do prazo para a resposta do réu, o autor não poderá, sem o seu consentimento, desistir unilateralmente da ação.

d) Temporariedade

O recurso é um direito que nasce com a publicação da decisão desfavorável e que se extingue rapidamente, ou seja, é um direito subjetivo efêmero, de curta duração, consoante dispõem, entre outros, os arts. 508 e 522 do Código de Processo Civil, que estabelecem prazos de quinze e dez dias para a sua interposição. Os prazos recursais são todos perentórios.

Como os recursos constituem direitos subjetivos que nascem dentro de uma relação jurídica dinâmica, em constante movimento em direção ao seu fim, a lei lhes confere curta duração para que rapidamente se estabilizem ou sejam reexaminadas as decisões proferidas no processo, o que visa a conferir assim segurança ao subseqüente desenvolvimento do processo, bem como a pacificar definitivamente a controvérsia, no caso da sentença de mérito.

São extremamente inconvenientes prazos recursais muito longos, assim como a excessiva demora no julgamento dos recursos, prolongando a incerteza e prejudicando o pleno gozo do direito material por aquele que a final sair vencedor. Embora entre nós não seja considerada um recurso, como em outros países, o prazo de dois anos para ajuizamento da ação rescisória (CPC, art. 495), é, por essa razão, evidentemente um prazo irrazoável.

e) Proibição da reformatio in pejus

Sendo o recurso o direito subjetivo de obter o reexame de uma decisão judicial que causa prejuízo ao recorrente ou ao interesse de alguém que o recorrente esteja legitimado a defender, desse reexame somente poderá resultar uma decisão que reduza esse prejuízo ou o mantenha, mas não que o agrave. É a chamada proibição da *reformatio in pejus*. Se a decisão foi parcialmente desfavorável a ambas as partes, o recurso de cada uma delas somente provocará o reexame da parte que a prejudica. Nesse caso, para que a decisão seja revista por inteiro será necessário que ambas as partes recorram. O Código de 1973 criou, para atender a essas situações, a figura do recurso adesivo, regulado no seu artigo 500.

Tem-se sustentado, a meu ver erroneamente, que não estariam sujeitas à proibição da *reformatio in pejus*, as decisões que em grau de recurso reconheçam de ofício a falta de condições da ação ou de pressupostos processuais cuja ausência caracterize uma nulidade absoluta, e outras consideradas de ordem pública, como a prescrição de direitos não patrimoniais. Não é verdade. Se a sentença possui dois ou mais capítulos autônomos decididos desfavoravelmente a uma das partes e esta somente recorreu de um deles, a decisão sobre o restante transitou em julgado. Se nesse recurso o tribunal superior reconhecer que o autor era carecedor da ação por falta de legitimidade *ad causam*, a carência de ação poderá ser decretada apenas em relação ao capítulo da decisão que foi impugnado pela interposição do recurso. A decisão sobre o outro não pode mais ser modificada.

f) Diversidade do órgão

Em todo recurso há um órgão do qual se recorre, aquele que proferiu a decisão impugnada, e a que chamamos de órgão *a quo*; e um órgão para o qual se recorre, ou seja, o órgão que vai julgar o recurso, a que denominamos de órgão *ad quem*. Esses órgãos devem ser diferentes e compostos de diferentes magistrados. No estudo que fizemos dos pressupostos processuais subjetivos relativos ao juiz³⁰, afirmamos que o juiz não pode exercer jurisdição no processo em que tenha exercido qualquer outra função. O artigo 134, III, exprime claramente esse princípio ao proibir que o juiz exerça a sua função no processo em que, no primeiro grau de jurisdição, proferiu sentença ou decisão, porque, conforme então asseveramos, ninguém pode julgar os próprios atos, ninguém pode ser juiz de si mesmo. Há uma absoluta incompatibilidade, para o exercício da jurisdição em grau de recurso, de qualquer juiz que tenha proferido a decisão recorrida ou qualquer decisão anterior a ela no mesmo processo. Essa incompatibilidade se estende ao órgão ou aos magistrados do mesmo órgão, na medida em que a vinculação de cada magistrado ao respectivo órgão jurisdicional condiciona o seu comportamento e reduz a sua independência, influenciando-o a cerrar fileiras ao lado de outros magistrados com os quais compartilha o exercício das funções do referido órgão.

Mas a diversidade pressupõe também que o juízo *ad quem* se localize numa posição hierarquicamente superior ao juízo *a quo* na estrutura judiciária. Embora as garantias constitucionais da magistratura devam assegurar aos juízes de qualquer grau a necessária independência, a credibilidade das decisões judiciais e a confiança de que devem desfrutar no seio da coletividade impõem que os atos dos magistrados somente sejam censurados por magistrados dotados de maior experiência, de maior reputação e que não possam vir a sofrer dos primeiros qualquer represália em razão da correção das suas decisões. Nos países que adotam o auto-governo da magistratura, como o Brasil, a superioridade do juízo *ad quem* se relaciona com a própria função de controle disciplinar e de avaliação de desempenho que os tribunais superiores exercem sobre os juízes das instâncias inferiores. Já vimos no exame dos fundamentos do direito de recorrer como essa idéia de controle hierárquico é essencial a qualquer bom sistema recursal.

³⁰ GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**. Rio de Janeiro: 2ª ed., Forense, vol. I, 2010, item 14.1.3.1..

Infelizmente, em muitos sistemas recursais e em muitos países, o princípio da diversidade não é levado tão a sério. Carnelutti, por exemplo, argumentava que os recursos, que visam a corrigir uma anomalia que viciou o procedimento anterior, a que denominava de *procedimentos de reparação*, podem ser decididos pelo mesmo órgão; enquanto naqueles que visam a remediar a injustiça da decisão, provocando uma nova decisão, é conveniente a diversidade de órgão³¹.

Entre nós, o reexame do mérito pelo próprio julgador, como ocorre com os agravos e com os embargos, como já vimos, surgiu como necessidade prática em Portugal e no Brasil, em razão da distância entre os juízos de primeiro grau e os tribunais e do incentivo ao reexame pelo próprio julgador, temeroso de sanções ou represálias dos tribunais superiores, o que veio a desvirtuar o sentido clássico do instituto³². Diante dessas razões, além dos numerosos casos em que a nossa lei prevê o julgamento de recursos pelo mesmo juiz ou pelo mesmo órgão jurisdicional, com muita frequência os juízes se sentem à vontade para rever e modificar as suas decisões através de esdrúxulos *pedidos de reconsideração*, cujo maior defeito, ainda mais grave do que a violação do princípio da taxatividade, é o descrédito que geram na sociedade quanto à qualidade das decisões judiciais e quanto à confiança que devem merecer os juízes. Afinal, a pretexto de corrigirem erros ou de repararem injustiças, nunca se sabe se a segunda decisão é melhor ou pior do que a primeira. Isso sem falar que às vezes a segunda acaba sendo substituída por uma terceira³³.

³¹ CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del proceso civil**. Buenos Aires, EJE, vol. II, 1973, pp. 182-183.

³² LIMA, Alcides de Mendonça. **Introdução aos recursos cíveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1965, p. 132.

³³ Costumo narrar aos meus alunos uma história da minha vida profissional, que está na minha memória, mas que, nesta altura da vida, já não tenho certeza em que medida é verdadeira ou fruto da minha imaginação, de um afável juiz, que, despachando em seu gabinete, atendia cordialmente a todos os advogados que o interrompiam querendo despachar uma petição urgente e que dispensava que perdessem tempo em explicar-lhe os seus argumentos e educadamente lhes tomava das mãos a petição que traziam e despachava: “J., sim, em termos”. E arrematava verbalmente: “Eu já entendi tudo, doutor. Muito boa tarde.” Os advogados saíam felizes do gabinete e assim ele não perdia tempo de ouvir as arengas que muitos deles teriam feito, atrapalhando o seu penoso trabalho diário de despachar centenas de processos que cobram a sua mesa. Num determinado processo, uma ação possessória, concedida a liminar, por cinco vezes sucessivas esse juiz a revogou e depois a restaurou, a cada vez que o advogado do réu ou do autor adentrou ao seu gabinete

g) Colegialidade

Montesquieu, na sua clássica obra sobre o *Espírito das Leis*, manifestou a sua opinião, que merece ser sempre lembrada, de que um juiz singular somente pode existir em um governo despótico e que a história romana evidencia a que ponto um juiz único pode abusar do seu poder³⁴.

Na primeira instância, somente os países da *common law* e os países ibéricos fogem da tradição de juízos preponderantemente colegiados³⁵. E nos tribunais superiores, somente a Inglaterra apresenta exceções a essa regra tradicional.

Entre nós, a doutrina esmagadora, embora reconhecendo terem existido exemplos de 2ª instância monocrática na legislação imperial e reinícola, sempre sustentou com vigor a colegialidade como princípio inderrogável.

Cito aqui dois depoimentos, distanciados entre si por duas décadas, de dois dos nossos maiores processualistas, Affonso Fraga e José Frederico Marques:

Do primeiro, em 1941:

“Sendo o tribunal de segundo grau composto de pluralidade de juízes, geralmente doutos e tirados da instância inferior, onde durante muito tempo exerceram a arte de julgar, segue-se que está em condições de nas suas decisões oferecer melhores arras de retidão à lei e à justiça. Basta o bom senso para mostrar que a decisão do tribunal colegial oferece bem mais segurança de justiça que o juízo singular: dois olhos vêem mais que um; crescendo que é mais fácil o suborno e prevaricação de um que de muitos”³⁶.

portando uma nova petição. E nenhum advogado jamais pôde se queixar de que ele deixou de dar atenção aos seus argumentos ou de acolher os seus requerimentos.

³⁴ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **De l'esprit des lois**. Paris: Garnier, tomo I, 1949, livro VI, capítulo VII, p.87.

³⁵ A Itália adotou o juiz único de primeiro grau apenas na década de 90 do século passado, atribuindo ainda causas de maior relevância ao tribunal colegiado.

³⁶ FRAGA, Affonso. **Instituições do Processo Civil do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1941, tomo III, p.14.

Do segundo, em 1963:

“O princípio que domina e rege todo o Direito Processual pátrio, em matéria de recurso, é o princípio da colegialidade do Juízo *ad quem*. Com isto, os julgamentos em grau de recurso infundem maior confiança e, de certo modo, são mais seguros que os de primeiro grau”³⁷.

O peso dessa doutrina refletiu-se na resistência verificada até certa época entre nós à criação de turmas nos tribunais superiores, pelo entendimento de que as competências a eles outorgadas pela Constituição deveriam ser exercidas por todos os seus membros, em composição plena³⁸.

Em 1986, o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional dispositivo do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de Goiás, que pretendia monocratizar decisões, declarando: “Em favor de qualquer de seus membros, *uti singuli*, não podem os Tribunais declinar de competência que a Constituição neles investiu, enquanto órgãos colegiados”³⁹.

A colegialidade protege a independência dos julgadores que, por ela, se tornam menos suscetíveis de sucumbirem a pressões. Ademais, é garantia de maior igualdade nos julgamentos, que não representam a opinião de uma só pessoa; estimula decisões mais refletidas e moderadas, porque resultantes da troca de opiniões e de pontos de vista entre os julgadores; goza de maior legitimidade política, porque é pluralista na aplicação da lei, como o é o Parlamento, na sua elaboração.

No entanto, em muitos países, e no Brasil de modo acentuado, reformas recentes têm criado exceções à colegialidade no julgamento dos recursos para enfrentar os desafios da explosão do número de processos e de recursos, especialmente causada pelo chamado contencioso de massa. Sem medo de errar, pode-se afirmar que, nos tribunais superiores da

³⁷ MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, vol. IV, 2ª ed., 1963, p. 7.

³⁸ LIMA, Alcides de Mendonça. **Introdução aos recursos cíveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1965, pp. 147-154; BUZAID, Alfredo. Ensaio para uma revisão do sistema de recursos no Código de Processo Civil. In **Estudos de Direito**. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 117.

³⁹ Acórdão na Representação 1.299-9, j. em 21/8/86; publ. DJU 14/11/86, consultado no site www.stf.jus.br, em 27/1/2010.

União e nos tribunais de 2º grau dos Estados mais populosos, mais de 80% dos recursos estão sendo resolvidos por decisões unipessoais dos relatores. Num Estado, como o do Rio de Janeiro, em que concorrem 20 Câmaras Cíveis com cinco desembargadores cada uma, são 100 juízos monocráticos diferentes adotando decisões sobre causas da mesma natureza, o que significa que a justiça de 2º grau em nosso Estado, tornou-se decididamente lotérica, aleatória, dependente da sorte, fenômeno altamente preocupante pela absoluta insegurança do desfecho de qualquer demanda, que eventuais agravos internos para as Câmaras não conseguem satisfatoriamente remediar pela massificação desses julgamentos que impede que o colegiado exerça plena cognição sobre todas as circunstâncias de cada causa.

A essa crítica, que seguirei sustentando, apesar da resposta conformista de muitos de que “não há outro remédio”, diante do volume de processos, retruco que as reformas estão aplicando a solução mais simplista, mais inconveniente e, ao mesmo tempo, mais econômica, porque mudar a lei processual e monocratizar não custa um tostão para os cofres públicos, sacrificando a qualidade das decisões dos tribunais, em benefício da quantidade, o que somente interessa aos próprios tribunais superiores, alguns deles com centenas de milhares de recursos para julgar anualmente, desprezando o interesse dos jurisdicionados.

Como disse um insigne jurista italiano em escrito recente, é como se um hospital fosse reformado no interesse do conforto dos médicos e não dos doentes⁴⁰.

Não há dúvida de que o excesso de processos e de recursos judiciais tem de ser enfrentado e resolvido, mas atacando as suas causas e não apenas as suas consequências. A legislação processual pode ser aperfeiçoada, contribuindo um pouco para coibir o automatismo recursal e recursos procrastinatórios. Mas a maioria das causas desse excesso está fora do Judiciário, dependendo a sua solução principalmente da postura do próprio Poder Público, o mais sistemático litigante temerário da nossa Justiça, que não é capaz de internalizar na própria Administração a solução das suas divergências com os cidadãos, preferindo o caminho mais fácil de obrigá-los a recorrer à longa e penosa via da Justiça, e pela ausência absoluta de uma política nacional de prevenção e solução de litígios, política

⁴⁰ CIPRIANI, Franco. I problemi del processo di cognizione tra passato e presente. In **Il Processo civile nello stato democratico**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, p.35.

pública por cuja implementação não se sentem comprometidos nem o Executivo, nem o Judiciário. Aliás, os problemas da administração da Justiça estão absolutamente ausentes do debate político-institucional e das campanhas eleitorais.

A colegialidade pode ser em alguma medida flexibilizada, mas sem perder o seu valor democrático, como o fez, por exemplo, a Alemanha na reforma de 2001⁴¹, monocratizando por delegação do colegiado as causas mais simples, nas quais o colegiado já tem jurisprudência firmada, e não ficticiamente colegializando a partir do juiz monocrático, como o fez a infeliz reforma do artigo 557 do nosso Código de Processo Civil, introduzida pela Lei 9.756/98. Ademais, é preciso ter o cuidado de não tornar a monocratização o instrumento da criação de uma justiça de segunda classe justamente para o contencioso de massa que, como disse Anne-Marie Cohendet, envolve justamente as pessoas mais carentes de uma justiça de boa qualidade⁴². Essa reforma do art. 557 conferiu ao relator o poder de, por simples despacho, dar provimento ou negar seguimento a recursos, de acordo com a jurisprudência dos tribunais superiores. A colegialidade do julgamento dos recursos, que sempre foi uma característica da maior confiabilidade, qualidade e credibilidade das decisões dos tribunais, foi totalmente desvirtuada, na medida em que, estatisticamente, mais de oitenta por cento dos recursos são hoje julgados unicamente pelo relator.

h) Publicidade

A publicidade é uma das principais garantias democráticas do processo, inscrita nos artigos 5º, inciso LX, e 93, inciso IX, da Constituição, assim como no artigo 155 do Código de Processo Civil, e que tem fundamento no princípio democrático, como instrumento do controle social que a sociedade exerce sobre a administração da justiça, além de freio ao arbítrio do julgador e de meio de fiscalização da sua imparcialidade, pelo direito que dela

⁴¹ GOTTWALD, Peter. Civil procedure in Germany after the Reform Act 2001, 23 *Civil Justice Quarterly* 338, 345-350 (2004). In CHASE, Oscar e HERSHKOFF, Helen (eds.). **Civil litigation in comparative context**. St. Paul: Thomson/West, 2007, p. 353.

⁴² Marie-Anne Cohendet, “La collégialité des juridictions: un principe en voie de disparition?”, in *Revue française de droit constitutionnel*, n° 68, outubro de 2006, ed. PUF, Paris, p.713/736

decorre para qualquer cidadão de presenciar as audiências e as sessões de julgamento dos tribunais.

A justiça tem de ser feita de portas abertas, para que qualquer pessoa do povo possa conhecer e controlar os seus atos, de modo que todos têm o direito de acesso ao conteúdo dos atos processuais e ao local em que se realizam, mesmo aqueles que não são partes no processo.

É verdade que a nossa publicidade é bem maior do que a que adotam países europeus e os Estados Unidos no julgamento dos tribunais colegiados, porque esses julgamentos são feitos, entre nós, em sessões públicas, em que todos os juízes que compõem esses órgãos são obrigados a manifestar seus votos publicamente, ou seja, oralmente, na presença da platéia. A recente Emenda Constitucional nº. 45/2004 exigiu a publicidade até mesmo nas decisões administrativas dos tribunais (Constituição, art. 93, inc. X).

José Frederico Marques esclarece que o alcance moderno da publicidade entre nós teve origem nas primeiras leis do Império, em que cada juiz declarava o voto e passava ao seguinte, até que todos o tivessem feito. Antes vigorava o sistema das tenções, em que cada um passava o seu voto em segredo ao seguinte e assim sucessivamente⁴³.

Pelo princípio da publicidade, todos os cidadãos, independentemente de terem ou não qualquer interesse no processo, são titulares do direito cívico de acesso ao conteúdo de todos os atos processuais e de assistirem com a sua presença física aos atos processuais solenes ou orais. Desse modo, a publicidade assegura aquilo que modernamente se costuma chamar de *transparência* no exercício da função pública.

Hoje vivemos no Brasil circunstâncias francamente paradoxais em relação à observância do princípio da publicidade e à transparência dos julgamentos dos tribunais colegiados. De um lado, essa publicidade se expande extraordinariamente nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal, transmitidos ao vivo pela TV Justiça, e também na publicação integral de acórdãos desse e de outros tribunais em *sites* oficiais da internet. De outro lado, tribunais superiores têm adotado informalmente métodos de julgamento que

⁴³ MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, vol. IV, 2ª ed., 1963, pp.101-102.

tornam absolutamente hermético ao público o conteúdo dos seus julgamentos. Em alguns, voltamos ao sistema das tenções, em que o relator passa previamente aos demais membros do colegiado o teor do seu voto, e a causa somente é debatida publicamente se um destes pedir destaque, pois, se isso não ocorrer, o voto do relator será considerado aprovado, sem que o público, que assiste à sessão, tome conhecimento do que foi decidido.

Recursos considerados idênticos vêm sendo julgados em pilhas, sem maiores explicações sobre as circunstâncias que os assemelham. Em alguns deles, como nos embargos declaratórios, frequentemente os acórdãos se limitam a afirmar que não há omissão, obscuridade ou contradição a corrigir, sem mencionar sequer qual é o conteúdo da decisão embargada e porque o embargante alegou a existência de um desses defeitos.

Outro atentado à publicidade, cuja perpetração se prenuncia, é o julgamento dos recursos em sessões virtuais dos tribunais. Os juízes não precisarão, sequer, encontrar-se no mesmo local, no mesmo dia, na mesma hora. A sessão se desenvolverá pela internet. Como será assegurada a transparência desses julgamentos e o acesso público ao relatório do relator, aos votos dos julgadores e aos debates? Chegou ao meu conhecimento de que há tribunais que já estão admitindo até sustentações orais virtuais dos advogados.

Mas não é só a publicidade que se compromete com essas corruptelas. A decadência dos rituais, das solenidades, o abandono de todas as circunstâncias que criam o clima de seriedade, austeridade e de responsabilidade das sessões dos tribunais, trarão como conseqüência inevitável a perda da crença na sacralidade da justiça humana e da confiança da sociedade nos seus juízes.

i) Singularidade

O princípio da singularidade ou da unirecorribilidade consiste na admissibilidade de interposição de apenas um recurso, uma única vez, contra qualquer decisão. Se o processo é único e única é a decisão, a devolução do poder jurisdicional deve dar-se apenas a um único juízo num único reexame. Ademais, pelo princípio da consumação, no momento em que o recorrente interpõe o recurso, ele define os limites do seu inconformismo com a decisão recorrida, não podendo, portanto, modificá-lo ou aditá-lo

através de uma segunda iniciativa recursal⁴⁴. O Código de 39 continha disposição expressa consagrada desse princípio (art. 809).

O Código de 73 não repetiu a disposição, mas o princípio continua a ser adotado, embora a lei e a jurisprudência, lamentavelmente, lhe tenham oposto algumas exceções.

A primeira delas é a possibilidade de interposição simultânea ou sucessiva, contra a mesma decisão, de embargos de declaração e de algum outro recurso cabível. A segunda exceção é a possibilidade de interposição simultânea de recurso especial e de recurso extraordinário contra o mesmo acórdão, se este contiver, ao mesmo tempo, matéria relativa à vigência, aplicação ou interpretação de lei federal e matéria constitucional (CPC, art. 541). A terceira exceção é a interposição de embargos de divergência no Superior Tribunal de Justiça contra decisão de uma das turmas no julgamento do recurso especial (arts. 266 e 267 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça) e simultaneamente de recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal.

Uma quarta exceção é a interposição de embargos infringentes e recurso especial ou extraordinário, conforme o caso, quando a decisão em grau de apelação ou de ação rescisória apresentar, ao mesmo tempo, uma parte unânime e outra não unânime. Até o advento da Lei 10.352/2001, que deu nova redação ao art. 498 do Código, os dois recursos eram interpostos simultaneamente. Desde então, primeiro devem ser interpostos os embargos infringentes contra a parte não unânime para o mesmo tribunal. Publicada a decisão destes, poderá o recorrente, em recurso especial para o STJ ou extraordinário para o STF, impugnar simultaneamente a parte unânime do primeiro acórdão e o acórdão nos embargos infringentes. De qualquer modo, a primeira decisão terá sido objeto de dois recursos, cada um deles atacando uma parte do julgado.

A jurisprudência tem criado uma quinta exceção, no caso de embargos declaratórios com efeito modificativo. Se o interessado tiver interposto algum outro recurso antes da decisão dos embargos declaratórios, mas esta tiver em alguma parte alterado a decisão embargada, poderá ele, tomando ciência do acolhimento dos embargos, reiterar ou aditar o recurso interposto, tendo em vista a nova sucumbência daí decorrente e apenas na medida

⁴⁴ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios fundamentais - teoria geral dos recursos**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 5ª ed., 2000, p. 93.

em que se apresente essa nova sucumbência. Entretanto, o advento de decisão modificativa no julgamento dos embargos declaratórios não significa, por si só, que o recurso já interposto tenha ficado prejudicado, a não ser na medida em que a reforma da decisão nele almejada tenha sido acolhida no julgamento dos referidos embargos declaratórios. Para evitar que o recurso anteriormente interposto venha a ser julgado prejudicado fora desses limites, o que erroneamente tem ocorrido, tem-se tornado usual, julgados os embargos declaratórios modificativos, a sua reiteração.

j) Fungibilidade

Somente está apto a provocar o reexame da decisão o recurso adequado, qual seja, o que a lei estabelece como cabível para a hipótese, porque, como já vimos no estudo do princípio da taxatividade, a simples garantia fundamental do duplo grau de jurisdição ou do direito a um segundo julgamento não é suficiente para preencher todos os requisitos indispensáveis ao exercício desse direito, que depende da implementação legal quanto ao prazo, quanto à extensão do reexame e quanto ao procedimento. Por outro lado, vimos no trato da singularidade, que, em várias situações, ainda que excepcionalmente, uma única decisão pode ser impugnada por mais de um recurso, o que impõe ao recorrente, em consequência do princípio da voluntariedade, optar claramente por um ou outro recurso. Entretanto, ocorre com alguma frequência que o recorrente, ao tomar conhecimento da decisão desfavorável, pode ter dúvida a respeito de qual seja o recurso cabível. Ou que, certo de que o recurso cabível é este, seja amanhã surpreendido com o não conhecimento do seu apelo porque o tribunal *ad quem* entendeu que o recurso cabível era outro.

Para remediar o erro escusável na interposição de determinado recurso, como tal entendido aquele que resulta de uma dúvida objetiva, ou seja, de uma situação de incerteza razoável a respeito do recurso cabível, o Código de 39, no art. 810, dispunha expressamente que, “salvo a hipótese de má-fé ou erro grosseiro, a parte não será prejudicada pela interposição de um recurso por outro, devendo os autos ser enviados à Câmara ou turma, a que competir o julgamento”. Esse dispositivo não foi reproduzido no Código de 73 certamente porque o legislador acreditou ter instituído um sistema recursal tão simples que

o dispensaria. Entretanto, não tardaram a surgir situações em que o questionamento do alcance de certos conceitos, como por exemplo o de sentença (CPC, art. 162, § 1º), veio a suscitar a referida dúvida objetiva a respeito do cabimento deste ou daquele recurso. Desde então, a doutrina e a jurisprudência têm adotado a fungibilidade como princípio geral do sistema recursal, o que tem absoluta procedência, tendo em vista a instrumentalidade das formas.

Essa fungibilidade de recursos tem abrigo, a meu ver até de modo mais extenso, no direito alemão, onde foi chamada de *teoria do recurso indiferente* (*Sowohl-als-auch-Theorie*) e nada mais é do que uma aplicação do princípio da instrumentalidade das formas. O que interessa como conteúdo do ato de recorrer é que o vencido tenha manifestado a vontade de obter uma nova decisão que reaprecie a anterior, pouco importando o nome, o rótulo, que lhe tenha dado⁴⁵. A complexidade do sistema recursal brasileiro e o formalismo na sua aplicação, entretanto, com frequência dificultam a aplicação desse princípio. Assim, por exemplo, se o recorrente hipoteticamente denominar o seu recurso de *especial* e o endereçar a um juiz de primeiro grau para impugnar uma sentença por ele proferida, certamente o seu recurso não será admitido por erro grosseiro, quando, pelo princípio do recurso indiferente, deveria ele ser admitido como uma apelação. Ou, ainda por hipótese, se, em face de uma decisão unânime em grau de apelação, o vencido interpuser um recurso a que denomine de *especial*, nele suscitando questão relativa à violação da Constituição, seguramente o seu recurso não será admitido, embora, pelo referido princípio, devesse sê-lo como recurso extraordinário. Se o recorrente não desfruta de nenhuma vantagem ilícita a que tenha dado causa a interposição do recurso inadequado e não há qualquer indício concreto de que tenha tido essa intenção, o recurso adequado deve ser julgado em lugar do inadequado expressamente interposto. Observe-se como ainda estamos distanciados, no sistema recursal, dos princípios gerais do processo.

A controvérsia que ainda existe a respeito do alcance do princípio da fungibilidade é a respeito da possibilidade ou não da sua aplicação na hipótese em que o recorrente interpõe o recurso inadequado no respectivo prazo, embora já findo o prazo de interposição

⁴⁵ GOLDSCHMIDT, James. **Derecho Procesal Civil**. Barcelona: ed. Labor, 1936, p.402, citado por Alcides de Mendonça Lima, **Introdução aos recursos cíveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1965, p. 245.

do recurso certo. A meu ver, mesmo havendo dúvida objetiva, se o recurso cabível é o de prazo menor e o recorrente interpõe outro recurso fora desse prazo, o recurso interposto erroneamente não pode ser conhecido, porque a decisão já teria transitado em julgado ou precluído quando o recurso foi interposto. Seguindo outro posicionamento, Nelson Nery Jr. entende que nesses casos, não mais se admitindo que a má fé do recorrente possa ser impeditiva da fungibilidade⁴⁶. seja impeditivo recurso certo deve ser julgado embora interposto depois de esgotado o respectivo prazo. Sustento o meu entendimento na lição de José Frederico Marques de que a tempestividade do recurso atende, ao mesmo tempo, ao interesse do vencido, ao interesse do vencedor e ao próprio interesse público na estabilização das decisões judiciais⁴⁷. Não por outra razão as partes, nem consensualmente, podem prorrogar os prazos recursais (CPC, art. 182). Por outro lado, com a vênua devida, a má fé não se presume, mas ela é impeditiva até mesmo da produção de efeitos normais e regulares dos atos processuais, como se pode verificar nos casos de abuso de direito. Mas a perda do prazo do recurso adequado impede o conhecimento do recurso adequado não por presunção de má fé, mas porque, extinto o direito de recorrer, adquiriu o adversário do recorrente o direito de não ter de submeter a decisão que o beneficia ao reexame de uma instância superior e, ainda nos casos em que não haja adversário, extinguiu-se também o dever do Estado de prover à renovação do exercício da jurisdição já esgotada.

k) Desestímulo a recursos protelatórios

Já tive ocasião de mencionar que um bom sistema recursal deve conter mecanismos para evitar o automatismo recursal e coibir o abuso do direito de recorrer, impedindo que o processo alcance rapidamente a sua finalidade e produzindo o efeito perverso de retardar desnecessariamente o acesso do titular do direito ao seu pleno gozo. O sistema recursal que herdamos da tradição romana era extremamente favorecedor dessa deturpação, com a renovação por inteiro de todo o procedimento, em todas suas fases, e com a concessão ampla de efeito suspensivo à apelação.

⁴⁶ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios fundamentais - teoria geral dos recursos**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 5ª ed., 2000, p.140-144.

⁴⁷ MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, vol. IV, 2ª ed., 1963, p. 64.

Durante séculos, a consciência jurídica dos cidadãos se conformou com a morosidade da justiça, o que não é mais tolerável em nossa época em que a velocidade em que se desenvolvem as relações jurídicas e a efetividade do processo exigem que aqueles a quem as decisões judiciais reconhecem a titularidade de direitos sejam de fato investidos no seu gozo com a maior rapidez possível, porque somente dessa forma o Estado estará provendo com a máxima eficácia à tutela desses direitos.

Os vários ordenamentos jurídicos têm dado respostas diversas a essa nova exigência. Uma das soluções alvitradas é a criação de obstáculos econômicos à interposição de recursos, com a elevação do valor das custas ou a exigência do prévio depósito da condenação ou de um certo valor pecuniário para garantir o cumprimento da sentença. Como já sustentamos em outras ocasiões, essas exigências são discriminatórias, porque subordinam o direito de recorrer a condições econômicas favoráveis do recorrente.

Outro caminho, trilhado na reforma italiana dos anos 90, é eliminar o efeito suspensivo automático de qualquer recurso, deixando a sua concessão para uma avaliação caso a caso da viabilidade do recurso pelo juízo *a quo* ou pelo juízo *ad quem*. Essa solução pode ter efeitos benéficos, desestimulando os recursos protelatórios, desde que a execução provisória da decisão seja exaustiva, ou seja, não fique sujeita a ônus exagerados ou garantias que a inviabilizem para a grande maioria das pessoas. No Direito brasileiro, essa solução encontra resistência da Fazenda Pública e, mesmo nos recursos sem efeito suspensivo, a exaustão da execução provisória normalmente fica sujeita a prestação de caução para a prática de atos de alienação da propriedade e para o levantamento de dinheiro (CPC, art. 475-O, III e § 2º, acrescentados pela Lei 11.232/2005), o que dificulta a sua continuidade e estimula recursos procrastinatórios.

Outros tipos de filtro têm sido instituídos, ora de caráter objetivo (a relevância da matéria questionada), ora de caráter subjetivo (a probabilidade de êxito do recurso). Os dois tipos se subordinam ao que tem sido denominado de princípio da dialeticidade, segundo o qual todo o recurso tem de fundamentar-se em razões de fato e de direito que demonstrem a possibilidade, ainda que mínima e remota, de que o recurso seja acolhido. Modernamente

não se admite recurso sem fundamentação. Nem sempre foi assim. No Direito romano, ao recorrente bastava dirigir-se ao juiz e dizer a palavra *appello* para desencadear o procedimento de reexame da decisão⁴⁸. Ainda hoje no nosso processo penal é assim (Código de Processo Penal, art. 601).

A relevância tem sido adotada em países da *civil law*, numa transposição do juízo discricionário a que está sujeito o reexame das decisões judiciais por meio de recursos nos sistemas da *common law*. Entre nós esse mecanismo está atualmente em vigor no juízo de admissibilidade do recurso extraordinário, dependente da repercussão geral instituída pelo § 3º do art. 102 da Constituição Federal, acrescentado pela Emenda Constitucional nº 45/2004. A probabilidade de êxito do recurso também tem sido instituída como filtro à admissibilidade de recursos, através da subordinação do seu julgamento à não ofensividade a súmula ou a jurisprudência predominante dos tribunais superiores, como ocorre com a rejeição monocrática de recursos pelo relator nos tribunais superiores (CPC, art. 557, com a redação da Lei 9.756/98), ao qual já fizemos críticas acima, e com o não recebimento da apelação pelo juízo de primeiro grau, nos termos do § 1º do art. 518 do CPC, acrescentado pela Lei nº 11.265/2006.

A Alemanha, na reforma de 2001, adotou o mecanismo da autorização para apelar, importado do direito inglês, que consiste numa prognose positiva de êxito do recurso ou na sua admissão por algum outro motivo grave, e que a Corte Européia de Direitos Humanos não considerou uma exigência exagerada⁴⁹. Todavia, a submissão dessa autorização a um despacho irrecorrível no juízo de primeiro grau foi objeto de censura da Corte Constitucional Federal alemã que a considerou em parte incompatível com o direito de acesso à justiça, quando estiver em jogo questão de direito controvertida ainda não dirimida

⁴⁸ No direito italiano tem sido observada a evolução do sistema recursal da noção de *mezzi di gravame*, em que o tribunal *ad quem* reexaminava a decisão em todo o seu conteúdo, para a noção de *impugnazione*, em que somente as questões suscitadas pelo recorrente são reexaminadas reexaminadas (V. POLI, Roberto. *Giusto processo e oggetto del giudizio di appello*. In **Rivista di Diritto Processuale**, ano LXV, n. 1, janeiro-fevereiro de 2010. Padova: CEDAM, pp. 48-68).

⁴⁹ZUCKERMAN, Adrian A.S. On civil procedure: principles of practice. 2ª ed. (2006). In CHASE, Oscar e HERSHKOFF, Helen (eds.). **Civil litigation in comparative context**. St. Paul: Thomson/West, 2007, p.340; GOTTWALD, Peter. Civil procedure in Germany after the Reform Act 2001, 23 *Civil Justice Quarterly* 338, 345-350 (2004). In CHASE, Oscar e HERSHKOFF, Helen (eds.). **Civil litigation in comparative context**. St. Paul: Thomson/West, 2007, p.354.

pelo *Bundesgerichtshof*, o tribunal superior equivalente ao nosso Superior Tribunal de Justiça⁵⁰.

Entre nós, com exceção dos casos de certos recursos de fundamentação vinculada, como o recurso especial e o extraordinário e, agora, dos filtros estabelecidos nos arts. 557 e 518, § 1º, do CPC, sempre se entendeu que a dialeticidade constitui um juízo muito superficial a respeito dos argumentos aduzidos pelo recorrente, que não devem se limitar a reproduzir *ipsis litteris* os seus arrazoados anteriores à decisão, mas que devem efetuar algum exame ou comentário sobre a decisão recorrida, ainda que de ínfima probabilidade de êxito, que permita a sua revisão. É difícil, sem pôr em risco o próprio direito de recorrer, evoluir de um sistema tão tolerante como esse para um sistema de avaliação positiva da probabilidade de êxito, sem sujeitar-se ao subjetivismo do juízo monocrático de 1º ou de 2º grau, ainda mais quando esse juízo é formulado pelo mesmo juiz que proferiu a decisão recorrida.

Por isso, apesar da adoção desses filtros em países com larga tradição democrática, onde também têm sido objeto de críticas severas da doutrina⁵¹, creio que o desestímulo aos recursos protelatórios deve ser buscado através de reformas legislativas que agravem automaticamente a situação daquele que procrastina, pelo simples decurso do tempo ou pela simples rejeição da pretensão recursal ou, ainda, que tornem inócua a procrastinação, como a supressão do efeito suspensivo automático dos recursos ordinários, a execução provisória exaustiva, independentemente de caução, a nova sucumbência em grau de recurso e a adoção de juros progressivos para as condenações pecuniárias, conforme sustentei em outro estudo e reiterarei adiante⁵².

1) *Exaustividade do sistema recursal*

Um bom sistema recursal é um sistema quase totalmente fechado, ou seja, é um sistema em que as possibilidades de provocar o reexame de decisões judiciais se esgotam na

⁵⁰ Remo Caponi. L'appello nel sistema delle impugnazioni civili (note di comparazione anglo-tedesca). In **Rivista di diritto processuale**, ano LXIV, n. 3, maio-junho de 2009. Padova: CEDAM, p. 640.

⁵¹ GOTTWALD, Peter. Ob. e loc. citis.

⁵² GRECO, Leonardo. A falência do sistema de recursos. In **Revista Dialética de Direito Processual**, n° 1. São Paulo: Dialética, abril de 2003, pp. 93/108.

série de recursos legalmente previstos e que devem ser interpostos no curso do processo em que as decisões são proferidas, para que, encerrado o processo, se, em razão da cognição exaustiva, tiver se formado a coisa julgada material, essas decisões não possam sofrer mais qualquer tipo de impugnação que possa pôr em risco a eficácia plena do provimento final.

É inútil a observância de todas as regras que disciplinam o sistema recursal se, quando elas não satisfazem ao inconformismo do vencido, ele pode lançar mão de outros instrumentos que, dentro ou fora do processo, propiciam a anulação, a modificação ou a reforma de qualquer decisão, seja por meio dos chamados sucedâneos recursais ou de ações autônomas de impugnação, como os pedidos de reconsideração, as reclamações, as correções parciais, os agravos internos e regimentais, as medidas cautelares, as suspensões de liminares e de sentenças, os habeas corpus, os mandados de segurança e as ações anulatórias de atos jurídicos.

A própria ação rescisória estaria mais bem situada no sistema recursal, como em outros ordenamentos, subordinada assim aos seus princípios gerais, como o da temporariedade e o da singularidade.

Infelizmente, o nosso sistema recursal, apesar da evolução sofrida do Código de 39 para o Código de 73, continua sendo um sistema aberto, no sentido de que, à falta de um recurso legalmente previsto, o descontente com frequência vai encontrar algum outro meio de provocar o reexame da decisão que o prejudica.

Se essa vulnerabilidade é fruto, em grande parte, da pouca credibilidade que inspiram as decisões judiciais, que é um problema político, institucional e cultural que não está ao alcance do Direito Processual resolver, de outro, é preciso reconhecer que um bom sistema recursal pode reduzir bastante essas soluções extravagantes que, num círculo vicioso, agravam ainda mais o desprestígio das instituições judiciárias. Experiência positiva nesse sentido tivemos com a reforma do agravo, pela Lei nº 9.139/95, que praticamente esvaziou a possibilidade de impetração de mandados de segurança contra as decisões dos juízes de primeiro grau.

Outros resultados positivos poderão ser alcançados com uma reforma processual que reduza a fragmentação do procedimento ordinário numa sucessão interminável de

decisões interlocutórias e numa reforma institucional do Poder Judiciário que estabeleça uma relação mais democrática entre os juízes inferiores e os respectivos órgãos de progressão funcional e de controle disciplinar. Por outro lado, grande serviço prestariam à Nação os tribunais superiores da União, especialmente o Supremo Tribunal Federal, se em lugar de agravar essa Babel com a sugestão de utilização de sucedâneos recursais para enfrentar problemas que, em minha modesta opinião, poderiam ser solucionados dentro das regras do nosso ordenamento processual, definissem com clareza o relevo e o alcance da coisa julgada e da segurança jurídica, tão abalados por decisões que os seus prolatores muitas vezes acreditam heróicas, mas que, infelizmente, ao pretenderem remediar um suposto defeito do ordenamento jurídico, criam outro tão grave ou ainda mais grave do que o anterior, transformando o juiz em soberano e ilimitado intérprete das aspirações da comunidade, o que mereceu a censura irresponsável de Calmon de Passos, nestes termos:

“Se o direito posto for aplicado a cavaleiro de controles que assegurem coerência e pertinência entre o formalizado como expectativa compartilhável pelos governados (o legislado) e o produzido como norma disciplinadora do caso concreto, em verdade se desqualifica o Direito previamente posto e só o Direito produzido no caso concreto prevalecerá em termos absolutos. E isso repugna visceralmente a um sistema democrático de governo. Estaríamos, em última análise, transferindo a soberania do povo para um segmento privilegiado do sistema político, justamente aquele menos vinculado ao princípio representativo, fundamental num Estado de Direito Democrático: os magistrados”⁵³.

⁵³ PASSOS, J.J. Calmon de, *As razões da crise de nosso sistema recursal*. In Adroaldo Furtado Fabrício (coord.). **Meios de impugnação ao julgado civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 370. Pesquisa recentemente divulgada, realizada na Itália pelo *Centro Studi e Ricerche sull’Ordinamento Giudiziario (CeSROG) da Universidade de Bologna*, na qual foram ouvidos magistrados italianos, revelou que 66% dos entrevistados respondeu negativamente à seguinte pergunta: Na atividade judiciária, o magistrado julgante deveria procurar fazer-se porta-voz das expectativas da comunidade. Se o juiz se inspirasse nesse princípio, a qualidade da nossa administração da justiça poderia melhorar? (SAPIGNOLI, Michele. **Qualità della giustizia e indipendenza della magistratura nell’opinione dei magistrati italiani**. Padova: CEDAM, 2009, p.81).

m) Acesso a um tribunal superior para coibir decisões judiciais contrárias à lei

Nos países de direito escrito, a tutela jurisdicional efetiva significa que o cidadão tem o direito de obter do Estado um provimento que lhe assegure o mais amplo gozo dos direitos que lhe são conferidos pelo ordenamento jurídico. Essa tutela não pode ficar, ao sabor da sorte, sujeita a opiniões diversas que os juízos tenham a respeito dos direitos acolhidos pelo ordenamento jurídico, porque a lei deve ser igual para todos e a função jurisdicional deve a todos reconhecer os mesmos direitos, com o mesmo conteúdo.

Entretanto, a multiplicidade de litígios, a extensão do território em que a jurisdição deva ser exercida em nome do Estado soberano e a necessidade de assegurar a todos os cidadãos em igualdade de condições o mais rápido e econômico acesso à justiça, obrigam à instituição de numerosos órgãos jurisdicionais, em cujo exercício os seus titulares podem adotar entendimentos diversos a respeito do conteúdo dos direitos reconhecidos no ordenamento jurídico. Daí a necessidade de criação de uma Corte Suprema e de instituição de um recurso a ela dirigido, para que ela possa exercer essa importantíssima função de dizer a última palavra a respeito de quais são os direitos tutelados pelo ordenamento jurídico, qual é a sua extensão, para *in concreto*, conferir-lhes a máxima efetividade em igualdade de condições em benefício de todos os cidadãos.

No exercício dessa função, através de um recurso em que prepondera o reexame das questões de direito relativas à vigência, aplicação ou interpretação da lei, esse tribunal de cúpula vela pela preservação do exato conteúdo dos direitos agasalhados pelo ordenamento jurídico em benefício dos seus titulares, homogeneiza o conteúdo das decisões judiciais a respeito desses direitos e indiretamente tutela a própria ordem jurídica.

Luigi Paolo Comoglio, o expoente do garantismo não penal na Itália, observa que, no modelo de processo constitucionalmente garantido, que se extrai da tradição constitucional dos Estados europeus, se inclui um juízo de legitimidade perante um órgão jurisdicional supremo com funções *nomofiláticas*⁵⁴, ou seja, com a missão de revelar o conteúdo das normas jurídicas e de tutelar uniformemente as situações por elas protegidas.

⁵⁴ COMOGLIO, Luigi Paolo. *Diritti fondamentali e garanzie processuali comuni nella prospettiva Dell'Unione Europea*. In COMOGLIO, Luigi Paolo. **Etica e tecnica del 'giusto processo'**. Torino: G. Giappichelli editore, 2004, pp. 119-121.

Nesse sentido, associado ao grande processualista argentino Augusto Mario Morello, inclui o Autor, no seu projeto de bases constitucionais mínimas do processo civil *giusto* para a América Latina, a necessidade de sempre admitir-se recurso, por violação da lei, perante órgãos supremos de justiça, contra qualquer provimento jurisdicional decisório⁵⁵.

A necessidade de atender à celeridade dos julgamentos e de desestimular o abuso de recursos meramente protelatórios não recomenda a adoção de filtros recursais para essas instâncias de superposição, sob pena de abdicar o Judiciário da sua missão mais relevante, que é a tutela dos direitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico, consoante sustentamos acima.

n) Acesso subsidiário à jurisdição constitucional

No regime democrático, a promessa da efetividade da tutela jurisdicional somente se concretiza se no próprio sistema recursal, que propicia o reexame de decisões judiciais dentro dos processos em que foram proferidas, existir um mecanismo de acesso do jurisdicionado insatisfeito ao tribunal constitucional, caso não exista algum outro meio eficaz de assegurar a proteção de seus direitos fundamentais.

Sobre todo o sistema judiciário deve sobrepairar o tribunal constitucional, que, no caso do Brasil, é o Supremo Tribunal, em condições de prover à tutela recursal de qualquer direito fundamental violado ou ameaçado por alguma decisão judicial, quando não houver outro meio adequado e eficaz de prover a essa tutela. A instituição de um recurso constitucional subsidiário é, portanto, uma imposição do Estado de Direito fundado na eficácia concreta dos direitos fundamentais (Constituição Federal, art. 5º, § 1º), paradigmaticamente criado pelo direito alemão através do § 2º do artigo 93 da Lei

⁵⁵ MORELLO, A.M. e COMOGLIO, L.P.. *Basi costituzionali minime del processo civile 'giusto' per l'America Latina*. In COMOGLIO, Luigi Paolo. **Etica e tecnica del 'giusto processo'**. Torino: G. Giappichelli editore, 2004, pp.

Fundamental de Bonn⁵⁶, posteriormente reproduzido no Direito Constitucional de outros países europeus, como a Espanha, através do chamado *amparo constitucional*. Lamentavelmente, entre nós, a tentativa de instituição de um instrumento desse tipo, através da chamada arguição de descumprimento de preceito fundamental, foi vetada pelo Presidente da República por ocasião da sanção ao projeto que se transformou na Lei 9.882/99.

O maior paradoxo daí decorrente, em nosso País, é que o indivíduo que tenha um direito fundamental violado por uma decisão judicial pode alcançar a jurisdição da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, por força da nossa adesão ao Pacto de San Jose da Costa Rica, mas possivelmente não conseguirá levar o seu pleito ao nosso Supremo Tribunal Federal, tendo em vista os filtros à admissibilidade do recurso extraordinário, ainda recentemente ampliados com a introdução do pressuposto da repercussão geral.

De acordo com o § 3º, do artigo 102, da Constituição, acrescentado pela Emenda Constitucional nº 45/2004, o Supremo Tribunal Federal somente conhecerá do recurso extraordinário quando a questão suscitada for de repercussão geral. Em outros termos, o que esse requisito significa é que, a partir da sua implantação com o advento da Lei 11.418/2006, que a regulamentou, há algumas violações à Constituição mais relevantes do que outras. O recurso extraordinário não poderá ser manejado para sanar qualquer violação ao pacto político fundamental, mas apenas aquelas que o Supremo Tribunal Federal reputar como sendo de repercussão geral.

A ânsia de resolver o problema do excesso de recursos parece fazer olvidar o fato de que o acesso ao tribunal constitucional por qualquer cidadão que tenha um direito fundamental violado é um princípio político indispensável na organização do Estado de Direito Contemporâneo.

Ao copiarmos o modelo norte-americano, cuja Corte Suprema pode escolher quais processos julgar, esquecemos que ele é totalmente diferente do nosso. Naquele país, o recurso não é propriamente um direito subjetivo, porque a Justiça é feita

⁵⁶ CAPPELLETTI, Mauro. **La giurisdizione costituzionale delle libertà**. Milano: Giuffrè, 1955; TROCKER, Nicolò. **Processo Civile e Costituzione**. Milano: Giuffrè, 1974, pp.148/157.

preponderantemente comunidade, o tribunal de primeiro grau tem legitimidade democrática e pode até mesmo decidir contra a lei. O paradigma copiado não é de uma justiça escrava da lei, mas de uma justiça pacificadora, em que os tribunais superiores se reservam o direito de somente reverem as questões que consideram ter alguma importância para o futuro desenvolvimento do sistema jurídico. A função da Suprema Corte norte-americana não é a de assegurar o primado da lei, para suprir a falta de legitimidade dos juízes inferiores.

Não há nada de antidemocrático no fato de a Corte Suprema dos EUA selecionar os recursos que quer julgar, porque a função do Judiciário daquele país não é a de ser a boca da lei, mas pacificar os litígios. Entretanto, ao copiarmos os modelos usados em outro paradigma de jurisdição, temos de adaptá-los às características do nosso próprio sistema, para que deles não resultem violações a garantias fundamentais do processo consagradas constitucionalmente, em especial ao acesso ao direito e à justiça.

5 – A VULNERABILIDADE DOS RECURSOS DE ESTRITO DIREITO

Embora não me anime a incluir a questão no rol dos princípios gerais da teoria dos recursos, não posso deixar de referir-me ao paradoxo, consolidado a partir da Revolução francesa, da criação de recursos para as Cortes Supremas, como os nossos atuais recursos extraordinário e especial, cujo efeito devolutivo ficaria restrito à reapreciação de questões de direito, analisadas à luz dos fatos reputados verdadeiros pelas instâncias inferiores, sem qualquer reavaliação da adequação e da consistência dos juízos ali formados sobre a sua existência. Entende-se que a jurisdição do STF e do STJ não é ordinária, porque os recursos dirigidos a esses tribunais não provocam o reexame da matéria de fato; não proporcionam o reexame completo da decisão, mas apenas da matéria de direito relativa à aplicação da lei federal ou da Constituição, conforme o caso. Grande parte da doutrina desenvolvida na Europa Continental após a Revolução francesa e a criação da Corte de Cassação e das Cortes Supremas, identificaram nesses recursos uma função eminentemente política de tutela do direito objetivo e do interesse social à integridade e ao primado da norma jurídica,

colocando em plano secundário o direito subjetivo das partes, que seria preponderantemente tutelado pelos recursos ordinários⁵⁷.

Essa concepção não pode ser acolhida dentro de uma compreensão moderna da função jurisdicional como instrumento da tutela efetiva dos interesses particulares agasalhados pela lei⁵⁸. O recorrente não interpõe um desses recursos para ir em busca da tutela do direito objetivo, mas do seu direito subjetivo que considera respaldado no direito objetivo. A Cassação francesa subsequente à Revolução chegou a instituir um “recurso no interesse da lei”, que o Ministério Público poderia interpor perante a Corte Suprema apenas para eventualmente rever a interpretação da lei e manter a sua uniformidade. Mas esse mecanismo, adotado igualmente em outros países que seguiram o modelo francês, caiu em desuso, porque o recurso à Corte Suprema nunca deixou de ser um instrumento de tutela do direito subjetivo das partes. Correta, portanto, a lição de José Frederico Marques⁵⁹, de que o objeto desses recursos (cassação, recursos extraordinários) “continua sendo a pretensão submetida ao pronunciamento e apreciação do órgão jurisdicional, tanto que sobre ela é que vai recair a decisão pronunciada para unificar a jurisprudência”. Por mais política que seja a função desses recursos, eles não a cumpriram, muito menos cumpriram a sua função primordial de tutela do direito subjetivo de quem tem razão, se as Cortes Supremas, que os julgam, se limitassem a friamente aceitar como verdadeiros os fatos admitidos na decisão recorrida e simplesmente verificar se, em face desses fatos, ainda que absurdos ou mal justificados, a norma jurídica foi bem ou mal aplicada ou interpretada. Por isso, seja essa função *nomofilática*, de preservação da uniformidade da interpretação e da correta aplicação do direito objetivo, seja a função propriamente jurisdicional de tutela dos interesses particulares, esses recursos somente conseguem realizar se, por meio deles, as Cortes Supremas exercerem um efetivo controle sobre os juízos de fato, o que já vem sendo efetivado em outros países, como a França, a Alemanha e a Argentina, pelo menos em duas situações: na de insuficiência quantitativa dos motivos, quando o raciocínio judicial não

⁵⁷ LIMA, Alcides de Mendonça. **Introdução aos recursos cíveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1965, p. 136; JORGE, Flávio Cheim. **Teoria geral dos recursos cíveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 4ª ed., 2009, p. 39.

⁵⁸ GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**. Rio de Janeiro: 2ª ed., Forense, vol. I, 2010, item 3.1.

⁵⁹ MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, vol. IV, 2ª ed., 1963, p.129.

abranja todo o material probatório; e na de insuficiência qualitativa dos motivos, quando o julgamento despreze uma clara imposição lógica na apreciação da prova, provocando um defeito de motivação⁶⁰.

Talvez se pudesse dizer que daí está surgindo um novo princípio da teoria geral dos recursos, qual seja o de que a limitação cognitiva às questões de direito, imposta por razões de política jurídica à admissibilidade de determinados recursos, não pode de tal modo distanciá-los das questões de fato, a ponto de impedir que as instâncias recursais que forem instituídas, como pressuposto da correta solução das questões de direito, verifiquem se os juízos sobre os fatos preenchem requisitos mínimos de suficiência quantitativa e de adequação qualitativa que razoavelmente os justifiquem.

6. – CONSIDERAÇÕES FINAIS

Retomo aqui, a título de síntese conclusiva, uma reflexão que iniciei há alguns anos atrás a respeito da qualidade dessa parte tão importante do nosso Direito Processual Civil, que é o sistema de recursos. Já o anteprojeto de Alfredo Buzaid, que antecedeu ao Código de 73, prometia uma profunda racionalização e simplificação do sistema recursal. Menos radical, o próprio Código extinguiu os agravos de petição e no auto do processo, os embargos de alçada e o recurso de revista, mantendo os embargos infringentes com base em voto vencido, que o anteprojeto prometera extinguir. Adotou o Código amplamente o princípio do duplo grau de jurisdição, tornando recorríveis todas as decisões de 1º grau. Rendendo-se ao caráter aberto do nosso sistema, em cujos vazios penetram as ações constitucionais, como o mandado de segurança e o *habeas corpus*, além de outros sucedâneos recursais, como a reclamação ou correição parcial e os informais pedidos de reconsideração, o Código adotou a ampla recorribilidade das decisões interlocutórias por agravo, assim diminuindo os espaços para o mandado de segurança e a reclamação.

⁶⁰ FERRAND, Frédérique. *Cassation française et Révision allemande*. Paris: PUF, 1993, pp. 165-178; SILVA, Ovídio A. Baptista da. Questão de fato em recurso extraordinário. In Adroaldo Furtado Fabrício (coord.). *Meios de impugnação ao julgado civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 502.

Pouca ou nenhuma influência sofreu o sistema recursal do Código de 1973 da escola da efetividade do processo, naquele momento já amplamente difundida na Europa, e da constitucionalização do processo através da revisão da sua teoria geral à luz dos direitos e garantias fundamentais.

Ao contrário, o procedimento recursal seguiu a tradição positivista e formalista da praxe luso-brasileira e do sistema recursal herdado das Ordenações do Reino, mitigada apenas pela já apontada generalização da recorribilidade de todas as decisões interlocutórias, pela adoção, sem exceções, do princípio do duplo grau de jurisdição, e também pela introdução do instituto do recurso adesivo e pela pacificação em torno da proibição da *reformatio in pejus*, antes controvertida. Não conseguindo eliminar o recurso *ex-officio*, deu-lhe nova roupagem, a do duplo grau de jurisdição obrigatório. A preocupação com a possível explosão de recursos resultou na criação do agravo retido, por emenda do Senador Acióli Filho, relator do projeto no Senado, o que, na prática representou de certo modo a restauração do extinto agravo no auto do processo.

Mas o aumento desmedido da interposição de recursos já se evidenciara, tanto que a Emenda Constitucional nº 1/69 conferira ao Supremo Tribunal Federal o poder de limitar no seu Regimento Interno a admissibilidade do recurso extraordinário em função da natureza da causa, do seu valor ou do tipo de procedimento. O recurso para o STF, que visava à preservação do direito federal, constitucional e infra-constitucional, ficou assim bastante mutilado e, como válvula de escape, o Tribunal passou a abrir exceções às restrições regimentais pela via da *arguição de relevância da questão federal*, decidida em sessão secreta, sem a presença das partes ou dos advogados e sem a lavratura de acórdão que desse publicidade às razões do seu acolhimento ou da sua rejeição.

De 1973 em diante, a Justiça brasileira enfrentou o crescimento do número de demandas em índices absolutamente inusitados, e a exacerbação do automatismo recursal, gerando a saturação da capacidade de julgamento dos tribunais superiores. A principal causa desse fenômeno foram as sucessivas crises do próprio Estado: a 1ª e a 2ª crises do petróleo em 1973 e 1979, com o desencadeamento da hiperinflação, seguidas dos diversos planos econômicos, todos caracterizados pela supressão ou vulneração de direitos dos

cidadãos, tanto nas relações jurídicas privadas quanto nas dos particulares com o Poder Público.

Em meio a todas essas turbulências, a Constituição de 1988 introduziu no Brasil o primado dos direitos fundamentais, a eficácia concreta desses direitos, a garantia da tutela jurisdicional efetiva, prometendo um Judiciário apto a remediar todas as injustiças e violações de direitos, inclusive as perpetradas pelo próprio Estado. A mesma Constituição repudiou as limitações à admissibilidade do recurso extraordinário, mas, reconhecendo a sobrecarga do Supremo Tribunal Federal, criou o Superior Tribunal de Justiça, para dividir com o STF a jurisdição de superposição, e criou os Tribunais Regionais Federais como 2ª instância da Justiça Federal.

A nova Carta Magna expandiu o contencioso constitucional, facilitando o acesso direto ao Supremo Tribunal Federal de ações de controle concentrado de constitucionalidade por iniciativa de diversos legitimados, indicados no seu artigo 103, aumentou as espécies de recursos e as instâncias recursais, mas o sistema recursal continuou o mesmo, com um número excessivo de recursos, que possibilita ao vencido reiterar o exercício da jurisdição de modo quase interminável, retardando o desfecho dos processos, o cumprimento das decisões e o acesso do vencedor ao pleno gozo do seu direito. Aquele a quem interessa retardar o desfecho da causa, porque desfruta de uma situação de vantagem de que não quer abrir mão em favor do vencedor, dispõe de um arsenal de meios de impugnação e, assim, os tribunais ficam cada vez mais congestionados, o mais forte protela o desrespeito ao direito do mais fraco e o Estado fracassa na tutela jurisdicional efetiva dos direitos dos cidadãos. As pessoas jurídicas de direito público são justamente aquelas que mais abusam do direito de recorrer, para esquivar-se de cumprir as suas obrigações para com os cidadãos e de pagar as suas dívidas, oriundas de condenações judiciais.

Por outro lado, os tribunais, congestionados com o excesso de recursos, proferem julgamentos de qualidade sempre pior, porque não dão vazão à quantidade. Não têm mais tempo para examinar as alegações e provas dos autos e de efetivamente estudá-las, discutilas colegiadamente. Julgam processos, presumivelmente iguais, em pilhas. Não têm mais paciência para ouvir os advogados. Não têm mais tempo, sequer, para ouvir os relatórios e

votos dos seus próprios membros. O próprio Supremo Tribunal Federal naufraga nessa avalanche.

Adotam-se, então, em vários tribunais, medidas regimentais para conter a pressão do excesso de recursos. O próprio legislador constituinte, por meio da Emenda Constitucional nº 45/2004 determinou algumas providências nesse sentido, como a proibição da retenção da distribuição de recursos e a proibição de férias coletivas dos magistrados. Empreendem-se inutilmente reformas legislativas pragmáticas, todas inspiradas na intenção de refrear a demanda recursal, sem atacar as suas causas. O formalismo, que deveria ter sido exorcizado com base nos princípios da efetividade e do garantismo, se exacerba através de entendimentos jurisprudenciais cujo intuito manifesto é apenas o de esvaziar as prateleiras. Nas medidas legislativas, é evidente a busca da simplificação dos procedimentos e da imposição de obstáculos ao acesso aos tribunais superiores e aos órgãos colegiados. Enquanto isso, outras leis, embora bem intencionadas, como a Lei do Agravo⁶¹, pioraram ainda mais essa situação, multiplicando extraordinariamente os julgamentos.

Essa escalada na progressiva perda da qualidade das decisões recursais e na adoção de medidas de força para reduzir a quantidade de julgamentos prossegue de modo frenético, com a implantação da súmula vinculante e da repercussão geral, como pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário, por força da Emenda Constitucional nº 45/2004 e na criação do sistema de julgamento de recursos especiais repetitivos no Superior Tribunal de Justiça, originário da Lei 11.672/2008. Grande número dos princípios fundamentais do sistema recursal, anteriormente expostos, é francamente abandonado no altar da celeridade e da redução a qualquer preço do número de julgamentos. Essa decadência, esse desmoronamento, esse desvirtuamento do sistema recursal, cada vez mais distante das razões que determinaram a sua existência, não terminou, porque as causas do aumento incontrolável do número de processos e de recursos não foram equacionadas. Os processos e os recursos continuarão a crescer e as medidas traumáticas, até agora adotadas, em poucos anos serão insuficientes e terão gerado nova e interminável cadeia de

⁶¹ Lei 9.139, de 30 de novembro de 1995.

litigiosidade, pela perda da confiança e da credibilidade do Judiciário, engendrada pelos próprios caminhos por ele escolhidos para enfrentar a sua crise.

As deficiências qualitativas do nosso sistema recursal, acima apontadas, indicam que não serão soluções paliativas, que atinjam metas exclusivamente quantitativas, que vão erguer o sistema processual ao nível de desempenho compatível com o papel que lhe impõe o Estado Democrático de Direito.

Algumas dessas soluções poderão representar um alívio momentâneo, mas não equacionarão a crise recursal, que é fundamentalmente uma crise decorrente de três fatores: o excesso de processos e de meios de impugnação; a má qualidade e a falta de credibilidade das decisões dos tribunais; e a facilidade e as vantagens de recorrer, mesmo sabendo não ter razão.

A solução da maior parte desses problemas não depende do Direito Processual ou do sistema recursal. O Estado brasileiro precisa implantar, fora do processo judicial, uma política pública de prevenção e solução de litígios, que deve começar pela internalização administrativa das divergências entre os particulares e o Poder Público e a criação no serviço público de uma nova cultura de respeito e satisfação aos direitos dos cidadãos. Para se ter uma idéia, aproximadamente oitenta e cinco por cento dos recursos que chegam ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça têm como uma das partes o Estado.

É necessário mudar a mentalidade da Administração Pública. Erradamente tem-se a idéia de que o administrador honesto é o que diz “não” ao cidadão; aquele que diz “sim”, ou seja, que reconhece um direito do administrado, já está sob suspeita de ser corrupto. Perdeu-se, no Estado brasileiro, a noção de que a Administração presta serviços públicos e que, portanto, estes têm de oferecidos e organizados em benefício dos cidadãos, e não em benefício da própria Administração.

Costumo dizer que se a União revertsse tudo o que gasta para defender-se em juízo em um eficiente atendimento ao particular, orientando os seus advogados a reconhecerem, no balcão de atendimento ao público, os direitos daqueles que têm razão, reduzir-se-ia consideravelmente a litigiosidade que sobrecarrega as instâncias judiciais. Não adianta

pensarmos que todos os problemas da Justiça brasileira se resolvem dentro da própria Justiça.

Por outro lado, os juízes precisam ser mais bem qualificados para o desempenho das suas pesadas funções e para o seu exercício dirigido à busca de soluções efetivamente pacificadoras resultantes do diálogo democrático e legitimador com as partes e com os seus advogados, o que a simples aprovação em concurso público não assegura.

Mas o Direito Processual também tem de dar a sua contribuição, eliminando todos os fatores que favorecem a interposição de recursos com intuito meramente protelatório.

Para isso, é preciso *tornar desvantajosa a procrastinação*. No atual contexto de crise, é como se retardar a eficácia dos direitos alheios tivesse virado um direito das partes. Ora, no momento em que recorrer se torna vantajoso, porque, com isso, se ganha tempo ou a própria impossibilidade de execução do julgado, mesmo quando o recurso não tem efeito suspensivo, muitos daqueles que não têm razão sentem-se compelidos a recorrer automaticamente.

É preciso criar mecanismos desvantajosos que incidam direta e automaticamente sobre aquele que promove o retardamento do desfecho do processo, rompendo o atual automatismo recursal, com as vantagens que o recorrente tem de interpor um recurso sem ter razão.

A maioria das apelações tem efeito suspensivo. Já se tentou, por meio de alguns projetos de lei não aprovados, acabar-se com o efeito suspensivo automático da apelação, o que é contrário ao interesse dos governantes. Isso porque o maior beneficiário do efeito suspensivo da apelação é o Estado procrastinador; na verdade, a Justiça, hoje, está servindo para administrar a moratória do Estado, e não para satisfazer os direitos dos cidadãos. Há um completo desvirtuamento da função do Poder Judiciário.

Algumas medidas que certamente seriam eficazes na ruptura dessas práticas demandistas seriam, a meu ver, as seguintes: a) a supressão do efeito suspensivo automático dos recursos ordinários; b) a execução provisória exaustiva, independentemente de caução; c) nova sucumbência em grau de recurso; d) juros progressivos enquanto durar a demanda judicial; e) a eliminação do duplo grau de jurisdição obrigatório; e) a eliminação

de alguns recursos, como embargos infringentes, de divergência ou de declaração; f) a concentração das questões constitucionais e infra-constitucionais em um único recurso especial para o STJ, deste cabendo recurso extraordinário para o STF; g) a eliminação da exigência de trânsito em julgado para execuções contra a Fazenda Pública.

Em síntese, é preciso diminuir o número de recursos, sem reduzir o acesso à Justiça por parte dos cidadãos. É indispensável assegurar nas instâncias recursais o mais amplo respeito às garantias fundamentais de um processo justo e tornar desvantajosa a interposição de recursos protelatórios.

As reformas do sistema recursal não podem inspirar-se no interesse do Estado, de limitar o custo da administração da Justiça, ou dos juízes, de frear o aumento da quantidade de trabalho, mas dos jurisdicionados, que não podem ser vistos como intrusos inconvenientes que perturbam a vida e o sossego dos magistrados e que, portanto, têm de ser tratados com má vontade porque se presume que estejam litigando e recorrendo por simples espírito de emulação ou para alcançar algum proveito escuso.

É preciso que a Justiça recupere a consciência de que recursos não são apenas folhas de papel ou arquivos de computador, mas podem significar o acesso a direitos que garantam a própria sobrevivência dos cidadãos. A pendência interminável de recursos e a demora no seu julgamento podem obrigar a parte que tem razão a fazer acordos injustos ou a abrir mão do seu direito porque a Justiça não lhe garante o acesso rápido ao pleno gozo desse direito. Nos tão festejados mutirões de conciliação, grande parte dos acordos são o reflexo da ineficiência da Justiça e a consagração de que, à falta dela, o mais fraco tem de se curvar às imposições do mais forte.

Esse é o atual panorama do sistema de recursos no Brasil, mergulhado em profunda crise, impulsionada pela perda de credibilidade da Justiça, pelo descontentamento dos juízes e jurisdicionados e pela falta de uma política racional e eficaz, não demagógica, de solução dos problemas.

É muito fácil e nada custoso para o Congresso Nacional e para o Presidente da República reformar leis processuais, aproveitando, quando convêm, idéias e sugestões de juristas que altruisticamente prestam a sua colaboração.

Mudar a lei processual é a solução mais simples, mas não suficiente, porque a causa da litigiosidade só em pequena parte pode ser atribuída à legislação. Na maioria dos casos, a ineficiência da administração da Justiça ou está ligada a causas externas ao Poder Judiciário ou às deficiências estruturais daquele Poder, as quais não podem ser resolvidas pela simples edição de uma lei processual. As causas não estão sendo atacadas, porque, para isso, seria necessária uma mudança de postura do Estado na assunção efetiva das responsabilidades que a Constituição lhe impõe de assegurar a mais ampla tutela aos direitos de todos e de promover a paz social.

Rio de Janeiro, 25 de fevereiro de 2010

A MEDIAÇÃO E A NECESSIDADE DE SUA SISTEMATIZAÇÃO NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Humberto Dalla Bernardina de Pinho
Professor da UERJ e da UNESA.
Promotor de Justiça no Rio de Janeiro.

Resumo: O texto trata da mediação enquanto forma de solução alternativa de conflitos. É vista a mediação e suas características enquanto instrumento de pacificação, ao mesmo tempo em que são apresentadas as diferenças quanto aos demais instrumentos, notadamente a conciliação e a arbitragem. São examinados os conceitos advindos do direito estrangeiro e as perspectivas para o processo civil brasileiro.

Abstract: This paper aims to study mediation as an alternative dispute resolution mechanism, by examining its characteristics as an instrument for pacification. Besides, the text presents the main differences between mediation and other ADR methods, mainly conciliation and arbitration. Finally, it shows mediation concepts from other countries and its perspectives for the Brazilian Civil Procedure.

Palavras-chave: MEDIAÇÃO. PROCESSO CIVIL. BRASILEIRO

Key-words: MEDIATION. BRAZILIAN LAW. CIVIL PROCEDURE

Sumário: 1. Considerações iniciais. 2. Mediação: espécies e barreiras. 3. O uso da mediação: filtragem dos conflitos. 4. Perspectivas para o Processo Civil Brasileiro. 5. Referências bibliográficas.

"La mediación es uno de los instrumentos para conseguir la autocomposición o acuerdo entre las partes. Es difícil pretender delimitar qué es o qué no es la mediación; posiblemente porque se trata de una institución jurídica de reciente introducción en nuestro ordenamiento, que tiene diverso reflejo normativo en cada uno de los órdenes jurisdiccionales españoles y en los distintos ámbitos territoriales en los que se ha comenzado a implantar. Posiblemente buscamos una definición de la mediación, lo que es, lo que no es, lo que no puede hacerse, cómo hay que hacerla... en coherencia con nuestra tradición jurídica romana, sin embargo es preciso señalar aquí que establecer límites claros y excluyentes en relación con el concepto de mediación no es conveniente, porque precisamente una de las características del procedimiento de mediación ha de ser la flexibilidad¹".

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Já se vão algumas décadas, desde que Mauro Cappelletti² sistematizou as suas *Ondas Renovatórias do Direito Processual*.

Mesmo assim, a idéia de um pleno acesso à justiça continua sendo uma obsessão para os processualistas.

¹ MUÑOZ, Helena Soletto. La Mediación: Método de Resolución Alternativa de Conflictos en el Proceso Civil Español, in Revista Eletrônica de Direito Processual, ano 3, vol. 3, janeiro a junho de 2009, disponível no site <http://www.redp.com.br>.

² CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. *Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective—a General Report. Access to Justice: A World Survey*. Mauro Cappelletti and Bryant Garth, eds. (Milan: Dott. A. Giuffrè Editore, 1978).

O mesmo Cappelletti já reconheceu que os esforços organizados sob a égide da “Terceira Onda” devem ser levados a efeito fora do circuito jurisdicional³, e que há diversas formas para a concretização dos processos de herero Composição, notadamente, a mediação⁴.

Seguindo essa fórmula, fica mais fácil chegar ao que se denomina de quarta onda renovatória, a saber, a efetividade dos direitos processuais⁵.

Partindo-se da premissa segundo a qual a jurisdição, embora seja a fórmula primeira para a composição dos litígios, por vezes não é capaz de dar solução adequada a certos tipos de conflito⁶ e, sem ingressar aqui na controvérsia acerca dos limites da adjudicação⁷ e das alegadas inconveniências dos equivalentes jurisdicionais⁸ num sistema processual constitucionalizado⁹, passaremos a tecer algumas considerações sobre a mediação, enquanto processo para a busca de uma solução de pacificação do litígio.

Entende-se a mediação como o processo por meio do qual os litigantes buscam o auxílio de um terceiro imparcial que irá contribuir na busca pela solução do conflito¹⁰.

Esse terceiro não tem a missão de decidir (e nem a ele foi dada autorização para tanto). Ele apenas auxilia as partes na obtenção da solução consensual.

³ CAPPELLETTI, Mauro. *Problemas de Reforma do Processo nas Sociedades Contemporâneas*, Revista Forense nº 318 pp. 123/124.

⁴ “*Le recours à la médiation, se substituant à l’exercice d’actions en justice, a pris une importance considérable dans les réformes et expériences faites récemment aux Etats-Unis, au niveau local avec les tribunaux de communautés ou les Neighborhood Justice Centers, et aussi en rapport avec la protection des intérêts diffus avec des procedes tels que l’environmental mediation*” CAPPELLETTI, Mauro (org.). *Accès a la justice et état-providence*. Economica, Paris, 1984, p. 29.

⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *idem*. p. 33

⁶ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Mecanismos de Solução Alternativa de Conflitos: algumas considerações introdutórias*, in *Revista Dialética de Direito Processual*, vol 17, pp. 09/14, São Paulo: Oliveira Rocha, 2004.

⁷ FULLER, Lon. *The forms and limits of adjudication*, 92 *Harvard Law Review*, 353, 1978.

⁸ FISS, O.M. *Against Settlement*, 93 *Yale Law Journal* 1073-90, may 1984.

⁹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo*, 2ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, capítulo 1.

¹⁰ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Mediação – a redescoberta de um velho aliado na solução de conflitos*, in *Acesso à Justiça: efetividade do processo* (org. Geraldo Prado). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

O *Uniform Mediation Act*¹¹ dispõe em seu item (1): “*Mediation means a process in which a mediator facilitates communication and negotiation between parties to assist them in reaching a voluntary agreement regarding their dispute*”.

Apresentando uma visão mais pragmática, Goldberg¹² afirma que “*mediation is negotiation carried out with the assistance of a third party*”.

Já para Maria de Nazareth Serpa¹³, mediação “é um processo informal, voluntário, onde um terceiro interventor, neutro, assiste aos disputantes na resolução de suas questões”.

O papel do interventor é ajudar na comunicação através da neutralização de emoções, formação de opções e negociação de acordos.

Como agente fora do contexto conflituoso, funciona como um catalisador de disputas, ao conduzir as partes às suas soluções, sem propriamente interferir na substância destas.

José Maria Rossani Garcez¹⁴ afirma que a mediação terá lugar quando, devido à natureza do impasse, quer seja por suas características ou pelo nível de envolvimento emocional das partes, fica bloqueada a negociação, que assim, na prática, permanece inibida ou impedida de realizar-se.

Roberto Portugal Bacellar¹⁵ define mediação como uma “*técnica lato senso que se destina a aproximar pessoas interessadas na resolução de um conflito a induzi-las a encontrar, por meio de uma conversa, soluções criativas, com ganhos mútuos e que preservem o relacionamento entre elas*”.

¹¹ Aplicável nos EUA e disponível em <http://www.adr.org>, consultado em 25 de outubro de 2008.

¹² GOLDBERG, Stephen B., SANDER, Frank E.A., ROGERS, Nancy H., COLE, Sarah R. *Dispute Resolution – Negotiation, Mediation, and Other Processes*, 4th edition, New York: Aspen Publishers, Inc, 2003, p. 111.

¹³ SERPA, Maria de Nazareth. *Teoria e Prática da Mediação de Conflitos*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p. 90.

¹⁴ GARCEZ, José Maria Rossani. *Negociação. ADRS. Mediação. Conciliação e arbitragem*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, 2^a ed., p. 35.

¹⁵ BACELLAR, Roberto Portugal. *Juizados especiais – a nova mediação paraprocessual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 174.

Para Gladys Stella Álvarez¹⁶ a mediação constitui um “*procedimiento de resolución de disputas flexible y no vinculante, en el cual un tercero neutral – el mediador – facilita las negociaciones entre las partes para ayudarlas a llegar a un acuerdo*”.

Helena Soletto Muñoz¹⁷, numa definição bastante amadurecida, afirma ser possível dizer que:

"la mediación es un procedimiento a través del cual un tercero imparcial ayuda a las partes en conflicto a llegar a un acuerdo. La esencia de la mediación que refleja esta definición es la autonomía de la voluntad de las partes: son las partes las que llegan a un acuerdo, libremente, y auxiliadas por un tercero, que, consecuentemente, ha de ser imparcial. Por otra parte, esta perspectiva de la mediación se encuentra vinculada al conflicto que es objeto o puede ser objeto de un proceso".

O Projeto de Lei nº 94¹⁸, em sua versão final, apresentada em julho de 2006, apresentava o seguinte conceito em seu artigo 2º:

"Art. 2º Para fins desta Lei, mediação é a atividade técnica exercida por terceiro imparcial que, escolhido ou aceito pelas partes interessadas, as escuta, orienta e estimula, sem apresentar soluções, com o propósito de lhes permitir a prevenção ou solução de conflitos de modo consensual."

O Art. 3º da Diretiva nº 52, de 21 de maio de 2008¹⁹, emitida pelo Conselho da União Européia, define mediação como um processo estruturado no qual duas ou mais

¹⁶ ÁLVAREZ, Gladys Stella. *La Mediación y el Acceso a Justicia*, Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 2003, p. 135.

¹⁷ MUÑOZ, Helena Soletto. La Mediación: Método de Resolución Alternativa de Conflictos en el Proceso Civil Español, in Revista Eletrônica de Direito Processual, ano 3, vol. 3, janeiro a junho de 2009, disponível no site <http://www.redp.com.br>.

¹⁸ Consultar o texto final, bem como as versões anteriores, no sítio do IBDP, em <http://www.direitoprocessual.org.br>, acesso em fevereiro de 2010.

¹⁹ DIRECTIVE 2008/52/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL, of 21 May 2008, on certain aspects of mediation in civil and commercial matters. Texto disponível em http://www.justice.ie/en/JELR/Pages/EU_directives. "Article 3. Definitions. For the purposes of this Directive the following definitions shall apply: (a) 'Mediation' means a structured process, however named or referred

partes em litígio tentam, voluntariamente, alcançar por si mesmas um acordo sobre a resolução de seu litígio, com a ajuda de um mediador.

Observa-se, portanto, que são elementos da mediação, de acordo com tal Diretiva: a estrutura do processo, a existência de duas ou mais partes, a voluntariedade do processo, o acordo das partes e, por fim, a ajuda do mediador.

No Direito Italiano, como decorrência da Diretiva, foi editada a Lei nº 69, de 18 de junho de 2009, que, em seu artigo 60²⁰, autoriza o Governo emitir Decreto Legislativo sobre mediação e conciliação em matéria civil e comercial, de acordo com o Direito Comunitário.

to, whereby two or more parties to a dispute attempt by themselves, on a voluntary basis, to reach an agreement on the settlement of their dispute with the assistance of a mediator. This process may be initiated by the parties or suggested or ordered by a court or prescribed by the law of a Member State. It includes mediation conducted by a judge who is not responsible for any judicial proceedings concerning the dispute in question. It excludes attempts made by the court or the judge seized to settle a dispute in the course of judicial proceedings concerning the dispute in question".

²⁰ Legge 18 giugno 2009, n. 69. (Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile). Art. 60. (*Delega al Governo in materia di mediazione e di conciliazione delle controversie civili e commerciali*). 1. Il Governo è delegato ad adottare, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi in materia di mediazione e di conciliazione in ambito civile e commerciale. 2. La riforma adottata ai sensi del comma 1, nel rispetto e in coerenza con la normativa comunitaria e in conformità ai principi e criteri direttivi di cui al comma 3, realizza il necessario coordinamento con le altre disposizioni vigenti. I decreti legislativi previsti dal comma 1 sono adottati su proposta del Ministro della giustizia e successivamente trasmessi alle Camere, ai fini dell'espressione dei pareri da parte delle Commissioni parlamentari competenti per materia e per le conseguenze di carattere finanziario, che sono resi entro il termine di trenta giorni dalla data di trasmissione, decorso il quale i decreti sono emanati anche in mancanza dei pareri. Qualora detto termine venga a scadere nei trenta giorni antecedenti allo spirare del termine previsto dal comma 1 o successivamente, la scadenza di quest'ultimo è prorogata di sessanta giorni. 3. Nell'esercizio della delega di cui al comma 1, il Governo si attiene ai seguenti principi e criteri direttivi: a) prevedere che la mediazione, finalizzata alla conciliazione, abbia per oggetto controversie su diritti disponibili, senza precludere l'accesso alla giustizia; b) prevedere che la mediazione sia svolta da organismi professionali e indipendenti, stabilmente destinati all'erogazione del servizio di conciliazione; c) disciplinare la mediazione, nel rispetto della normativa comunitaria, anche attraverso l'estensione delle disposizioni di cui al decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, e in ogni caso attraverso l'istituzione, presso il Ministero della giustizia, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, di un Registro degli organismi di conciliazione, di seguito denominato «Registro», vigilati dal medesimo Ministero, fermo restando il diritto delle camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura che hanno costituito organismi di conciliazione ai sensi dell'articolo 2 della legge 29 dicembre 1993, n. 580, ad ottenere l'iscrizione di tali organismi nel medesimo Registro; (...) Fonte: <http://www.parlamento.it/parlam/leggi/090691.htm>.

Regulamentando esta Lei, em 4 de março de 2010 foi editado o Decreto Legislativo nº 28²¹, que traz os seguintes conceitos:

"Art. 1 Definizioni. 1. Ai fini del presente decreto legislativo, si intende per:

a) mediazione: 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;

b) mediatore: la persona o le persone fisiche che, individualmente o collegialmente, svolgono la mediazione rimanendo prive, in ogni caso, del potere di rendere giudizi o decisioni vincolanti per i destinatari del servizio medesimo;

c) conciliazione: la composizione di una controversia a seguito dello svolgimento della mediazione;"

Na Espanha, onde a atividade de mediação está extremamente desenvolvida nas diversas Províncias, há hoje um Anteprojeto²² para regulamentar, em âmbito nacional, a mediação. Segundo este documento, é apresentada a seguinte definição:

"Artículo 1. Concepto. A los efectos de esta Ley se entiende por mediación aquella negociación estructurada de acuerdo con los principios de esta ley, en que dos o más partes en conflicto intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo para su resolución con la intervención de un mediador".

²¹ DECRETO LEGISLATIVO 4 marzo 2010, n. 28. Attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali. <http://www.mondoadr.it/cms/?p=2244>.

²² Anteproyecto de Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles. Disponível para consulta em: http://www.mjusticia.es/cs/Satellite?c=Documento&cid=1161680003706&pagename=Portal_del_ciudadano/Documento/TempDocumento.

Pelos conceitos que foram apresentados, podemos afirmar que a mediação se difere da negociação justamente pela presença do terceiro mediador, que terá como função primordial auxiliar as partes a resolver seu conflito.

Normalmente essas partes, após um fracassado processo de negociação, chegam a conclusão de que não são capazes, por elas próprias, de remover os obstáculos que impedem a celebração do acordo²³. Buscam, num terceiro, uma forma de viabilizar a via consensual, que sabem existir, embora não sejam capazes de encontrá-la²⁴.

Mas é possível também, e é preciso que se advirta dessa possibilidade, que a via consensual esteja irremediavelmente obstruída, por conta um relacionamento já desgastado pelo tempo, pelas intempéries de uma ou ambas as partes e ainda pela falta de habilidade em lidar com o conflito.

Nesse caso, deve se recorrer à adjudicação ou decisão forçada, hipótese em que um terceiro deverá, após se certificar que não há mais possibilidade de acordo, emitir um juízo de valor acerca da situação concreta na qual os interesses das partes estão contrapostos²⁵.

A adjudicação vai assumir, basicamente, a forma ou de arbitragem ou de jurisdição.

Na arbitragem, as partes maiores e capazes, divergindo sobre direito de cunho patrimonial, submetem o litígio ao terceiro (árbitro) que deverá, após regular procedimento, decidir o conflito, sendo tal decisão impositiva.

Há aqui a figura da substitutividade, eis que há a transferência do poder de decidir para o árbitro, que por sua vez é um juiz de fato e de direito²⁶.

²³ No mesmo sentido, Maria de Nazareth Serpa afirma que a mediação é um “*processo onde e através do qual uma terceira pessoa age no sentido de encorajar e facilitar a resolução de uma disputa sem prescrever qual a solução. Um de seus aspectos-chave é que incorpora o uso de um terceiro que não tem nenhum interesse pessoal no mérito das questões. Sem essa intervenção neutra, as partes são incapazes de engajar uma discussão proveitosa. O terceiro interventor serve, em parte, de árbitro para assegurar que o processo prossiga efetivamente sem degenerar em barganhas posicionais ou advocacia associada*”. Op. cit., p. 147.

²⁴ Afirma João Roberto da Silva que “*a base do processo de mediação é a visão positiva do conflito. A ciência desta ensina o conflito como algo necessário para o aperfeiçoamento humano, seja pessoal, comercial, tecnológico, ou outro qualquer, pois, quando considera a concepção de realidade não traça um ser mediano e repleto de retidão. Para a mediação frente a análise de realidade não há ninguém normal ou anormal, somente se tem diferentes modelos de realidade*”. (in *A mediação e o processo de mediação*. São Paulo: Paulistanajur Edições, 2004, p. 15).

²⁵ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de [organizador]. *Teoria Geral da Mediação à luz do Projeto de Lei e do Direito Comparado*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

A arbitragem pode ser convencionada antes (cláusula compromissória) ou depois (compromisso arbitral) do litígio, sendo certo ainda que o procedimento arbitral pode se dar pelas regras ordinárias de direito ou por equidade, conforme a expressa vontade das partes²⁷.

A segunda forma de adjudicação é a jurisdição, monopólio do Estado, que hoje é ainda o instrumento mais utilizado na solução dos conflitos no Brasil.

Nela não há limites subjetivos (de pessoas) ou objetivos (de matéria). Ademais, ostenta a característica da coercibilidade e auto-executoriedade, o que não ocorre na arbitragem²⁸.

Mas, não custa lembrar, apenas a jurisdição é monopólio do Estado e não a solução dos conflitos.

Vistas essas notas conceituais e definida a amplitude da mediação, analisemos mais a fundo sua consistência.

2. MEDIAÇÃO: ESPÉCIES E BARREIRAS.

Três são os elementos básicos²⁹ para que possamos ter um processo de mediação: a existência de partes em conflito, uma clara contraposição de interesses e um terceiro neutro capacitado a facilitar a busca pelo acordo.

Com relação às partes, podem ser elas pessoas físicas ou jurídicas. Podem ser também entes despersonalizados, desde que se possa identificar seu representante ou gestor.

²⁶ Cf artigos 1º e 18 da Lei nº 9.307/96.

²⁷ Cf artigos 2º e 3º da Lei nº 9.307/96.

²⁸ Explica-se: se o árbitro profere uma sentença arbitral que é descumprida por uma das partes, não pode ele aplicar providências coercitivas para garantir o adimplemento. Deve oficiar (ou requerer, segundo alguns) tal providência a um Juiz de Direito, na medida em que o legislador resolveu transferir ao árbitro todos os poderes do Juiz, exceto aqueles que decorrem da *coertio*.

²⁹ Para Nuria Belloso Martín, a mediação se caracterizará sempre pelos seguintes elementos: a) voluntariedade; b) eleição do mediador; c) aspecto privado; d) cooperação entre as partes; e) conhecimentos específicos (habilidade) do mediador; f) reuniões programadas pelas partes; g) informalidade; h) acordo mútuo; i) ausência de sentimento de vitória ou derrota. MARTÍN, Nuria Belloso. *Reflexiones sobre Mediación Familiar: Algunas Experiencias en el Derecho Comparado*. Artigo gentilmente cedido pela autora quando ministrou disciplina no Curso de Mestrado em Direito da UNESA em novembro de 2005.

Podem ser ainda menores, desde que devidamente assistidos por seus pais (veja-se, por exemplo, a utilidade da mediação em conflitos juvenis e escolares e a sua potencialidade como instrumento de prevenção ao envolvimento de adolescentes com atividades criminosas).

O segundo elemento, conflito, delimita a amplitude da atividade a ser desenvolvida pelo mediador. É preciso deixar claro que a mediação não se confunde com um processo terapêutico ou de acompanhamento psicológico ou psiquiátrico.

É certo que é extremamente desejável que o profissional da mediação tenha conhecimentos em psicologia e, sobretudo, prática em lidar com as relações humanas e sociais. Contudo, deve haver um limite claro para a sua intervenção, sob pena de se perder o foco e tornar o processo abstrato, interminável e, portanto, infrutífero.

Por fim, o mediador deve ser pessoa neutra, equidistante das pessoas envolvidas no litígio e que goze de boa credibilidade. Deve ser alguém apto a interagir com elas, mostrar-se confiável e apto a auxiliar concretamente no processo de solução daquele conflito.

Há duas formas básicas de estabelecer a metodologia e as premissas para a busca da solução.

A primeira é denominada “*rights-based*” e ocorre quando as partes analisam quais são as perspectivas da questão na hipótese de a causa ser levada à jurisdição, a fim de delimitar objetivamente a solução prática a ser alcançada. Esses dados são tomados como ponto de partida para a negociação.

A outra é denominada *interest-based* e se dá quando a solução for buscada com base nos interesses e necessidades das próprias partes no que tange aos direitos em conflito, deixando-se a análise fria do texto legal e das tendências jurisprudenciais para um segundo momento e apenas como forma de conferir executoriedade ao termo de acordo.

Via de regra, a mediação é um procedimento extrajudicial. Ocorre, como visto acima, antes da procura pela adjudicação. Contudo, nada impede que as partes, já tendo

iniciado a etapa jurisdicional, resolvam retroceder em suas posições e tentar, uma vez mais, a via conciliatória³⁰.

É o que se chama de mediação incidental ou judicial. Em nosso ordenamento pode ser feita em duas hipóteses: ou o juiz, ele próprio, conduz o processo, funcionando como um conciliador ou designando um auxiliar para tal finalidade (artigos 331 e 447 do C.P.C.); ou as partes solicitam ao juiz a suspensão do processo, pelo prazo máximo de seis meses, para a efetivação das tratativas de conciliação fora do juízo (artigo 265, inciso II, c/c § 3º, também do C.P.C.).

De acordo com a postura do mediador, podemos classificar o procedimento em ativo ou passivo.

Na mediação passiva o terceiro apenas ouve as partes, agindo como um facilitador³¹ do processo de obtenção de uma solução consensual para o conflito, sem apresentar o seu ponto de vista, possíveis soluções ou propostas concretas às partes.

No caso da mediação ativa, o mediador funcionará como uma espécie de conciliador; ele não se limita a facilitar; terá ele também a função de apresentar propostas, soluções alternativas e criativas para o problema, alertar as partes litigantes sobre a razoabilidade ou não de determinada proposta, influenciando assim o acordo a ser obtido. Aqui o mediador assume posição avaliadora.

Obviamente chegar a um acordo por meio do processo de mediação não é tarefa fácil. Exige tempo, dedicação e preparação adequada do mediador.

Seria um erro grave pensar em executar mediações em série, de forma mecanizada, como hoje, infelizmente, se faz com as audiências prévias ou de conciliação, nos juizados especiais e na justiça do trabalho.

A mediação é um trabalho artesanal.

³⁰ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de Pinho. *A Mediação e as perspectivas para o processo civil contemporâneo*, in SOUZA, Alexander Araujo. GOMES, Décio Alonso (Coordenadores). *Contributos em Homenagem ao Professor Sergio Demoro Hamilton*, Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009, pp. 237/256.

³¹ O termo facilitação vem sendo largamente utilizado na literatura especializada em mediação. Confira-se, por todos, SINGER, Linda R. *Settling Disputes*, 2nd edition, Colorado: Westview, 1994, p. 24.

Cada caso é único. Demanda tempo, estudo, análise aprofundada das questões sob os mais diversos ângulos. O mediador deve se inserir no contexto emocional-psicológico do conflito. Deve buscar os interesses, por trás das posições externas assumidas³², para que possa indicar às partes o possível caminho que elas tanto procuravam³³.

É um processo que pode se alongar por semanas, com inúmeras sessões, inclusive com a participação de co-mediadores, estando as partes, se assim for de seu desejo, assistidas a todo o tempo por seus advogados, devendo todos os presentes anuírem quanto ao procedimento utilizado e à maneira como as questões são postas na mesa para exame.

Contudo, independentemente do tipo de mediação ou da postura do mediador, é possível identificar alguns comportamentos recorrentes que se constituem em verdadeiras barreiras à mediação.

Essas barreiras podem ser institucionais ou pessoais.

Barreiras institucionais são aquelas opostas por entidades ou grupos políticos e sociais organizados.

Apesar de toda a evolução da teoria da solução alternativa de conflitos, é possível ainda identificar pontos de resistência bastante fortes e que podem ser resumidos em três posições.

A primeira diz respeito à desinformação generalizada sobre o cabimento da mediação, seus limites, potencialidades e conseqüências jurídicas.

A segunda se refere à percepção social da figura de autoridade para a solução do conflito. A sociedade brasileira, de forma geral, ainda enxerga no juiz, e apenas nele, o personagem que encarna, de forma inquestionável, o poder de resolver litígios. Outras figuras como conciliadores, juízes leigos, juízes de paz, integrantes de câmaras de mediação ou câmaras comunitárias, ainda são vistos com certa desconfiança.

³² FISCHER, Roger and William Ury, *Getting to Yes: Negotiating Agreement without Giving In*, Boston: Houghton Mifflin Co., 1981.

³³ Cf, também, as seguintes obras: CRAVER, Charles B. *Effective Legal Negotiation and Settlement*, New York: Lexis, 2001; SINGER, Linda R. *Settling Disputes*, 2nd edition, Colorado: Westview, 1994; e WILLIAMS, Gerald R. *Legal Negotiations and Settlement*, Minnesota: West, 1983.

A terceira é traduzida pela falta de normatização e sistematização da mediação, aliada a noção de que sempre, de alguma forma, caberá algum tipo de recurso ou medida a ser distribuída ao Poder Judiciário, como forma de questionar providência determinada no âmbito de um método alternativo de solução de conflitos.

Barreiras pessoais são as aquelas impostas pelos que estão diretamente envolvidos num processo de mediação.

O ex-Diretor do Centro de Conflito e Negociação da Universidade de Stanford³⁴, e Diretor do PON – Program on Negotiation da Harvard Law School³⁵, Robert H. Mnookin³⁶, procurou sistematizar as quatro principais barreiras que impedem à obtenção de um acordo entre partes em litígio.

Afirma o professor, que a primeira das barreiras a ser transposta é a estratégica, que está embasada na barganha, onde cada um dos litigantes quer maximizar seus ganhos e diminuir os benefícios do outro.

Os negociadores devem ter em mente que o processo de negociação deve ser encarado como uma forma de atingir o máximo de benefícios para ambos os lados, ao invés de implicar, necessariamente, grandes perdas para um e ganhos correspondentes para o outro, visto que um negócio bem feito pode potencializar os ganhos de ambas as partes³⁷.

Para tanto, mister que as partes negociem com boa-fé, abertas ao maior número de opções possíveis, expondo as suas preferências e os fatos de seu conhecimento.

Também temos como barreira à obtenção de um bom acordo o uso de um preposto (agente) para negociar em nome do titular do direito, visto que é muito difícil que esse terceiro conheça todos os interesses do seu representado, bem como os limites aceitáveis das propostas.

³⁴ Cf sítio em <http://www.stanford.edu/group/sccn>.

³⁵ Para maiores informações dos interessados em atender aos Seminários de mediação e negociação promovidos pelo Programa de Negociação de Harvard Law School, e/ou obter material específico sobre o tema, cf o sítio em <http://www.pon.harvard.edu>.

³⁶ Mnookin, Robert H. *Why negotiations fail: an exploration of barriers to the resolution of conflict*, *The Ohio State Journal on dispute resolution*, vol. 8, nº 2, 1993, pp. 235/249.

³⁷ Essa idéia de ganhos recíprocos e a permanente preocupação com esse parâmetro sempre foi um dos pilares da teoria clássica da negociação em Harvard. Para maiores esclarecimentos veja-se FISCHER, Roger and William Ury, *Getting to Yes: Negotiating Agreement without Giving in*, *op. cit.*.

Ademais, não raras vezes, estará também negociando em benefício próprio, pois seus ganhos pessoais dependem dos ganhos de seu cliente, o que tende a amesquinhar a questão e, por isso, dificultar o acordo.

A terceira barreira listada pelo professor Mnookin é a cognitiva, intimamente ligada à capacidade das pessoas em processar informações e lidar com riscos e incertezas.

Isso significa dizer que é da essência do ser humano ter medo de perder; esta insegurança natural leva ao receio de assinar um acordo, sem de dar conta de que, em não o firmando, as perdas podem ser potencializadas, até porque a solução consensual não costuma ser disponibilizada por muito tempo, eis que a demora levará, normalmente, à opção pela via adjudicatória para que a questão seja finalmente resolvida.

As inquietantes perguntas ecoam na mente daquele que está prestes a celebrar o acordo. *“Será que esse valor está bom? Será que não posso conseguir mais? Será que com um pouco mais de negociação não consigo uma proposta melhor? Será que os outros vão me achar um mau negociador ou meus amigos vão me reprimir por não ter perseguido uma oportunidade mais vantajosa?”*.

Finalmente, a quarta barreira consiste na tendência, quase que automática, de as pessoas rejeitarem ofertas elaboradas pela outra parte, mesmo que lhes pareça satisfatória, por infundada e pura desconfiança.

Há uma tendência de interpretar uma boa proposta do adversário como barganha baseada em informações não compartilhadas no curso do processo negocial; de acreditar que o outro negociante quer obter apenas ganhos próprios através do acordo, e não que deseja um acordo justo e bom para ambos.

Isto causa sensação de frustração e impotência. Instala-se um processo mental hermético e cíclico, se desvia do foco e inviabiliza o acordo.

Para que sejam ultrapassadas todas essas barreiras, e se chegue a um resultado final satisfatório, imprescindível será o desenvolvimento de um bom trabalho por parte do mediador.

Durante todo o tempo o processo deve ser transparente, com prévias e detalhadas explicações sobre tudo o que está sendo colocado na mesa, os futuros passos e as possibilidades e opções de cada um.

O mediador pode tomar conhecimento de um maior número de informações (as partes lhe confiam dados que dificilmente transmitiriam a seu adversário); pode ter, então, maior noção da atitude de cada um (as partes estarem agindo de boa-fé ou não no decorrer do processo negocial), auxiliando com isso o afastamento da barreira estratégica.

Quanto menos a parte se sentir surpreendida ou vulnerável, mais ela se entrega, sem reservas ou barreiras, ao processo de mediação e torna mais fácil a tarefa e identificar os interesses (muitas vezes escondidos) por trás das posições, estabelecendo as possibilidades de composição entre esses interesses aparentemente antagônicos e inconciliáveis.

Também os mediadores podem superar os problemas decorrentes do uso de prepostos para a negociação visto que sua função será trazer os próprios litigantes à mesa para discutir o problema, estabelecendo relacionamento direto com eles e esclarecendo sobre a importância dessa conexão sem intermediários.

Ademais, será sua responsabilidade auxiliar a descoberta dos interesses comuns entre as partes e contabilizar os custos decorrentes da assinatura ou não do acordo, atitudes que auxiliarão a derrubada da terceira barreira.

E, por fim, segundo alguns, poderá o mediador elaborar as propostas em nome da parte proponente, com o que a quarta barreira ficará sensivelmente mitigada³⁸.

3. O USO DA MEDIAÇÃO: FILTRAGEM DOS CONFLITOS

³⁸ Isto é viável apenas quando se convencionou a mediação ativa. De se observar que hoje, ao contrário da maioria das escolas de mediação nos Estados Unidos, a escola de Harvard se coloca em posição francamente antagônica a essa modalidade de mediação, por acreditar que com isso estar-se-á desnaturando a essência do sistema de mediação. Pela mesma razão, não se admitem sessões privadas com uma das partes (“caucus”) ou a concretização de uma proposta até então abstrata, sob pena de violação da imparcialidade do mediador. Para maiores esclarecimentos, cf. HARVARD LAW SCHOOL. *Advanced Mediation Workshop*. Program of Instruction for Lawyers. Textbook and class materials. Cambridge, Massachusetts, June, 2004. Sob a perspectiva dos negociadores, veja-se: MNOOKIN, Robert H. *Beyond Winning*, Cambridge: Harvard University Press, 2000; e BRESLIN, J. William & RUBIN, Jeffrey Z. *Negotiation Theory and Practice*, Cambridge: Harvard University Press, 1999.

Uma vez estabelecida a opção pela mediação, algumas questões devem ser objetivamente colocadas.

Em primeiro lugar, para que seja instituída a mediação, mister que exista a concordância de ambas as partes na adoção de tal meio de solução de conflitos, pois, como vimos anteriormente, a opção pela mediação é, e tem que ser, sempre voluntária.

Imprescindível que as partes estejam optando pela mediação de boa-fé, e que conduzam todo o processo nessa perspectiva. Ademais, importante que as partes escolham conjuntamente um mediador (e se empenhem verdadeiramente nesse processo de escolha), que seja de sua irrestrita confiança e esteja apto a compreender aquele conflito, suas dimensões e potencialidades.

Devem as partes, a fim de garantir a aplicação das normas de razoabilidade e do devido processo legal, tomar algumas providências para oficializar o procedimento e preservar seus direitos e garantias.

Inicialmente, devem elaborar um termo de mediação (*“agreement to mediate”*), que deverá conter as informações relevantes no que tange à mediação, como identificação e qualificação das partes, dos seus procuradores e do mediador, o objeto da mediação e a aceitação do encargo de mediador.

Normalmente o mediador se obriga a manter sigilo sobre tudo o que for tratado, (salvo expressa autorização das partes). Deve haver ainda no termo a fixação do local e da forma como serão conduzidas as reuniões entre as partes, prazo para a conclusão dos trabalhos, forma de remuneração do mediador (e a sua divisão entre as partes submetidas à mediação), cláusula determinando o procedimento caso uma das partes desista da mediação (ou caso o próprio mediador chegue à conclusão de que aquele conflito não tem como ser mediado, ao menos naquele momento, hipótese que se denomina *“denúncia à mediação”*), entre outras.

O ponto chave do processo de mediação é a troca de informações e a barganha entre as partes. Essa troca de informações pode ser desenvolvida tanto em sessões conjuntas (em

que estejam presentes ambas as partes, juntamente com o mediador), bem como separadamente, reunindo-se o mediador com cada uma das partes em separado³⁹. Esse último tipo de sessão é denominado de “*caucus*” e pode ser requerido tanto pelo mediador como pelas próprias partes.

João Roberto da Silva⁴⁰ alerta serem as informações obtidas em *caucus* confidenciais, sendo que, a seu ver, diversas vantagens podem resultar daí.

Permite-se ao mediador descobrir as “motivações ocultas” das partes. É razoavelmente seguro supor que as razões expressas pelas partes em disputa como estando na base da sua atitude não sejam as únicas.

Deste modo, uma das tarefas do mediador será descobrir o que mais está a influenciar as suas posições respectivas, isto é, descobrir as “motivações ocultas”. As razões por que são mantidas ocultas podem facultar ao mediador a necessária informação para impulsionar as partes a ultrapassarem o que quer que seja que esteja a bloquear as negociações diretas.

Durante as reuniões, sejam elas em conjunto ou separadamente, caberá ao mediador a condução dos trabalhos; ele deve estar sempre à frente e no controle do processo, estimulando o debate entre as partes, sem nunca perder o foco e o objetivo de todo o trabalho.

Uma vez obtido o acordo, embora não exista regra que assim exija, normalmente será ele formalizado por escrito. Também os advogados das partes, juntamente com o mediador, devem intervir nesta fase, a fim de garantir a exeqüibilidade daquilo que foi acordado e a adequação às normas em vigor, evitando surpresas desagradáveis na indesejável, porém possível, hipótese de descumprimento dos termos do acordo.

³⁹ Ver nota de rodapé supra sobre a posição da Escola de Harvard acerca do “*caucus*”, o que denota que nem todos os mediadores são adeptos de tal medida. Entendem os especialistas do P.O.N. da Harvard Law School que tal reduz o grau de confiabilidade das partes no mediador e impede a construção de um processo participativo, no qual todos (partes e mediador) devem se envolver nos problemas de todos. Uma expressão comumente utilizada nos Seminários, e que traduz bem essa mentalidade, é: “*anybody’s problem is everybody’s problem!*”.

⁴⁰ SILVA, João Roberto da. *Op. cit.*, p. 19.

Vale ressaltar que, na forma da Lei brasileira, qualquer acordo extrajudicial, assinado pelas partes, na presença de duas testemunhas, se converte em título executivo extrajudicial na forma do art. 585, inciso II do CPC, o que dispensa a necessidade de ajuizamento de prévio processo cognitivo.

Também é facultado às partes que submetam o acordado à homologação pelo Juiz, em hipótese de genuína jurisdição voluntária, a fim de que aquele acordo adquira o *status* de título executivo judicial, conforme o art. 475, N, inciso V do CPC, impedindo a oposição de embargos e permitindo, apenas, a apresentação de impugnação, nas hipóteses do art. 475, L.

Examinadas as etapas do processo, já é hora de inserir a mediação no quadro geral de solução de conflitos e identificar as hipóteses nas quais pode se mostrar mais útil à sociedade.

Maria de Nazareth Serpa, que afirma que o objetivo da mediação não é enquadrar a disputa em nenhuma estrutura legal preestabelecida, mas conduzir a disputa à criação de uma estrutura própria mediante a construção de normas relevantes para as partes⁴¹.

Como já tive a oportunidade de ressaltar⁴², as vias alternativas vêm para somar e não para disputar com a adjudicação.

A mediação não deve ser utilizada para todo e qualquer caso. Cada tipo de conflito tem uma forma adequada de solução, razão pela qual se deve, sempre que possível, tentar a combinação de métodos.

Temos insistido na tese de que a mediação deve ser utilizada, prioritariamente para os relacionamentos interpessoais continuados.

Em outras palavras; havendo um conflito, este pode se dar entre duas empresas (business to business – B2B); entre uma pessoa física e uma pessoa jurídica (business to person – B2P); ou ainda entre duas pessoas físicas (person to person – P2P).

⁴¹ Idem. *Teoria e Prática da Mediação de Conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 146.

⁴² PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *A Mediação e as perspectivas para o processo civil contemporâneo*, in SOUZA, Alexander Araujo. GOMES, Décio Alonso (Coordenadores). *Contributos em Homenagem ao Professor Sergio Demoro Hamilton*, Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009, pp. 237/256.

Sendo um conflito entre duas pessoas físicas, é preciso investigar a natureza do relacionamento entre elas. Poder ser uma relação descartável (numa ação indenizatória oriunda de ato ilícito qualquer, como, por exemplo, num acidente de automóvel) ou numa relação continuada (aquela que vai subsistir, quer as partes queiram, quer não queiram, após a solução daquele conflito, como é o caso da convivência entre cônjuges, familiares, afins, vizinhos e associados).

É exatamente aqui que, a meu juízo, reside a grande contribuição da mediação. De nada adianta a sentença de um juiz ou a decisão de um árbitro numa relação continuativa sem que o conflito tenha sido adequadamente trabalhado. Ele continuará a existir, independentemente do teor da decisão e, normalmente, é apenas uma questão de tempo para que volte a se manifestar concretamente⁴³.

Por óbvio, dependendo das peculiaridades do caso concreto, a mediação também pode ser indicada para conflitos “B2B” e “B2P”. Cabe às partes e ao mediador avaliar as possibilidades caso a caso.

Nesse sentido, recebemos com certa preocupação o Projeto de Lei nº 94/2002 (antigo Projeto 4.287/98) que tramitou no Congresso Brasileiro e que hoje se encontra paralisado. Em outras palavras, desejamos, desde logo, alertar para o fato de que a mediação não deve ser utilizada indiscriminadamente, quer prévia, quer incidentalmente, em todos os processos.

Isso, de nada adiantará ou contribuirá para o acesso à justiça.

É imprescindível que exista uma forma de triagem e filtragem no início do processo conflituoso. Essa triagem deve ser feita de forma conjunta por todos os operadores do direito, dos advogados aos juízes.

Um confronto de cunho eminentemente emocional é passível de solução mais adequada se for submetido inicialmente à mediação. É necessário decompor os elementos

⁴³ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Uma leitura processual dos direitos humanos. O direito fundamental à tutela adequada e à opção pela mediação como via legítima para a resolução de conflitos*, in KLEVENHUSEN, Renata Braga (organizadora). *Temas sobre Direitos Humanos em Homenagem ao Professor Vicente Barreto*, Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009, pp. 63/80.

psicológicos e jurídicos e examinar qual deles prepondera naquele caso específico, a fim de que se possa utilizar o “remédio” adequado.

Mais uma vez ressalto, a questão não é de divisão ou repartição de competências entre adjudicação e mecanismos de ADR's, e muito menos de utilização generalizadas de formas de solução alternativas, mas sim de combinação, mediante um racional e efetivo processo de triagem, no qual todos os jurisdicionados têm muito a ganhar.

4. PERSPECTIVAS PARA O PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Não obstante ainda não ter se convertido formalmente em Lei, é preciso que se diga que a mediação está largamente difundida no Brasil e já é exercida inclusive dentro dos órgãos do Poder Judiciário, na medida em que se funda na livre manifestação de vontade das partes, e na escolha por um instrumentos mais profundo de solução do conflito⁴⁴.

Nesse sentido, como já mencionado, na mediação não se busca uma decisão que ponha um ponto final na controvérsia, até mesmo porque o mediador não tem poder decisório, o que, desde logo, o difere do árbitro.

O que se procura é a real pacificação do conflito por meio de um mecanismo de diálogo, compreensão e ampliação da cognição das partes sobre os fatos que as levaram àquela disputa.

Neste tópico, vamos procurar apresentar alguns institutos da mediação e comentar dispositivos do referido Projeto de Lei que consideramos sejam, ainda, mercedores de maior reflexão.

Nessa linha de raciocínio, partindo-se da premissa, já assentada, de que na mediação os litigantes buscam o auxílio de um terceiro imparcial que seja detentor de sua confiança, e, ainda, de que este terceiro não tem poder decisório, é possível compreender que cria-se uma relação mais íntima entre as partes e o mediador.

⁴⁴ Projeto "Movimento pela Conciliação" liderado pelo Conselho Nacional de Justiça e coordenado por Lorenzo Lorenzoni e Germana Moraes, disponível no sítio <http://www.cnj.gov.br>, acesso em 15 de abril de 2008.

Cabe ao mediador auxiliá-las na obtenção da solução consensual, fazendo com que elas enxerguem os obstáculos ao acordo e possam removê-los de forma consciente, como verdadeira manifestação de sua vontade e de sua intenção de compor o litígio como alternativa ao embate.

Normalmente, ao fim de um procedimento exitoso de mediação, as partes compreendem que a manutenção do vínculo que as une é mais importante do que um problema circunstancial e, por vezes, temporário. A mediação é o método de solução de controvérsias ideal para as relações duradouras, como é o caso de cônjuges, familiares, vizinhos e colegas de trabalho, entre outros.

Não custa enfatizar que o melhor modelo, a nosso ver, é aquele que admoesta as partes a procurar a solução consensual, com todas as suas forças, antes de ingressar com a demanda judicial. Não parece ser ideal a solução que preconiza apenas um sistema de mediação incidental muito bem aparelhado, eis que já terá havido a movimentação da máquina judiciária, quando, em muitos dos casos, isto poderia ter sido evitado.

Somos de opinião que as partes deveriam ter a obrigação de demonstrar ao Juízo que tentaram, de alguma forma, buscar uma solução consensual para o conflito.

Não há necessidade de uma instância prévia formal extrajudicial, como ocorre com as Comissões de Conciliação Prévias⁴⁵ na Justiça do Trabalho; basta algum tipo de comunicação, como o envio de uma carta ou e-mail, uma reunião entre advogados, um contato com o “call center” de uma empresa feito pelo consumidor; enfim, qualquer providência tomada pelo futuro demandante no sentido de demonstrar ao Juiz que o ajuizamento da ação não foi sua primeira alternativa.

Estamos pregando aqui uma ampliação no conceito processual de interesse em agir, dentro do binômio necessidade-utilidade, como forma de racionalizar a prestação jurisdicional e evitar a procura desnecessária pelo Poder Judiciário.

⁴⁵ A Lei nº 9.958/2000 inseriu as alíneas A a H no artigo 625 da Consolidação das Leis Trabalhistas (C.L.T.) e disciplinou o instituto das “Comissões de Conciliação Prévia”. Em razão dessa sistemática, o Egrégio Supremo Tribunal Federal se posicionou no sentido de que não pode ser exigida a ida prévia à C.C.P., pois isso seria um injustificável embaraço ao livre acesso ao Poder Judiciário. Maiores informações sobre essa Decisão em nosso blog: <http://humbertodalla.blogspot.com>, *post* do dia 14 de maio de 2009. Referência: ADIN 2139/DF. Íntegra do Acórdão disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=604545>.

Poderíamos até dizer que se trata de uma interpretação neoconstitucional do interesse em agir, que adequa essa condição para o regular exercício do direito de ação às novas concepções do Estado Democrático de Direito⁴⁶.

Mas esta é apenas uma das facetas desta visão. A outra e, talvez, a mais importante, seja a consciência do próprio Poder Judiciário de que o cumprimento de seu papel constitucional não conduz, obrigatoriamente, à intervenção em todo e qualquer conflito.

Tal visão pode levar a uma dificuldade de sintonia com o Princípio da Indelegabilidade da Jurisdição, na esteira de que o juiz não pode se eximir de sua função de julgar, ou seja, se um cidadão bate as portas do Poder Judiciário, seu acesso não pode ser negado ou dificultado, na forma do artigo 5º, inciso XXXV da Carta de 1988.

O que deve ser esclarecido é que o fato de um jurisdicionado solicitar a prestação estatal não significa que o Poder Judiciário deva, sempre e necessariamente, ofertar uma resposta de índole impositiva, limitando-se a aplicar a lei ao caso concreto. Pode ser que o Juiz entenda que aquelas partes precisem ser submetidas a uma instância conciliatória, pacificadora, antes de uma decisão técnica.

Não custa lembrar, como nos indica Elidio Resta⁴⁷, que a conciliação tem o poder de "desmanchar" a lide, resultado este que, na maioria dos casos, não é alcançado com a intervenção forçada do Poder Judiciário.

E mais, num momento inicial, quando não está ainda consolidada a prática da mediação, é preciso que tal postura tenha uma finalidade também educativa e pedagógica.

Importante deixar clara essa nova dimensão do Poder Judiciário⁴⁸, aparentemente minimalista, numa interpretação superficial, mas que na verdade revela toda a grandeza

⁴⁶ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. 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>, acesso em 12 de janeiro de 2010.

⁴⁷ RESTA, Eligio (trad. Sandra Vial). *O Direito Fraterno*. Santa Cruz do Sul, EDUNISC, 2004, p. 119. "a conciliação desmancha a lide, a decompõe nos seus conteúdos conflituosos, avizinando os conflitantes que, portanto, perdem a sua identidade construída antagonicamente."

⁴⁸ Veja-se o excerto adiante transcrito da obra de Eligio Resta: "A oferta monopolista de justiça foi então incorporada no interior do sistema da jurisdição, delegado a receber a a regular uma conflitualidade crescente; tecnicamente aquilo que levou a altos graus de ineficiência o sistema da jurisdição foi um crescimento vertiginoso das expectativas e das perguntas a isso referidas. Tecnicamente se chama explosão da litigiosidade, que tem muitas causas, mas que nunca foi analisada de forma mais profunda. É notório

desta nobre função do Estado. Nessa perspectiva, efetividade não significa ocupar espaços e agir sempre, mas intervir se e quando necessário, como *ultima ratio* e com o intuito de reequilibrar as relações sociais, envolvendo os cidadãos no processo de tomada de decisão e resolução do conflito.

Isso pode (e deve) ser incentivado pelo próprio Poder Judiciário. Nesse sentido, vale a pena dar uma olhada no “*Alternative Dispute Resolution Act*”⁴⁹ de 1988, em vigor nos Estados Unidos.

A mediação incidental ou judicial já pode ser feita hoje em nosso ordenamento. Contudo, nas duas hipóteses, como já frisamos, terá havido a movimentação da máquina judicial (apresentação da petição inicial, recolhimento de custas, despacho liminar positivo, citação do réu, prazo para contestação, diligências cartorárias, resposta do réu e designação de audiência prévia, sem contar com os inúmeros incidentes processuais que podem tornar mais complexa a relação processual).

*como a nossa estrutura jurídico-política foi sempre muito atenta aos remédios (portanto reformas perenes das normas), quase nunca às causas, deixando de lado análises atentas sobre a litigiosidade que cresce, que é constantemente traduzida na linguagem jurídica e que se dirige à jurisdição sob a forma irrefreável de procedimentos judiciários. (...) Em face de tal hipertrofia, a direção da política do direito, na qual mover-se, me parece que deva ser no sentido de uma jurisdição mínima, contra uma jurisdição tão onívora quanto ineficaz”. (RESTA, Eligio [trad. Sandra Vial]. *O Direito Fraternal*. Santa Cruz do Sul, EDUNISC, 2004, pp. 99/100).*

⁴⁹ Seguem os principais excertos do “Act”: “(...) (2) *certain forms of alternative dispute resolution, including mediation, early neutral evaluation, minitrials, and voluntary arbitration, may have potential to reduce the large backlog of cases now pending in some Federal courts throughout the United States, thereby allowing the courts to process their remaining cases more efficiently; (...) (b) AUTHORITY- Each United States district court shall authorize, by local rule adopted under section 2071(a), the use of alternative dispute resolution processes in all civil actions, including adversary proceedings in bankruptcy, in accordance with this chapter, except that the use of arbitration may be authorized only as provided in section 654. Each United States district court shall devise and implement its own alternative dispute resolution program, by local rule adopted under section 2071(a), to encourage and promote the use of alternative dispute resolution in its district. (...) SEC. 4. JURISDICTION. Section 652 of title 28, United States Code, is amended to read as follows: Sec. 652. Jurisdiction (a) CONSIDERATION OF ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION IN APPROPRIATE CASES- Notwithstanding any provision of law to the contrary and except as provided in subsections (b) and (c), each district court shall, by local rule adopted under section 2071(a), require that litigants in all civil cases consider the use of an alternative dispute resolution process at an appropriate stage in the litigation. Each district court shall provide litigants in all civil cases with at least one alternative dispute resolution process, including, but not limited to, mediation, early neutral evaluation, minitrial, and arbitration as authorized in sections 654 through 658. Any district court that elects to require the use of alternative dispute resolution in certain cases may do so only with respect to mediation, early neutral evaluation, and, if the parties consent, arbitration. (...)*”. Fonte: <http://www.pubklaw.com/hi/105-315.html>, acesso em 30 de setembro de 2007.

O elemento principal, portanto, para a compreensão da mediação é a formação de uma cultura de pacificação⁵⁰, em oposição à cultura hoje existente em torno da necessidade de uma decisão judicial para que a lide possa ser resolvida.

Nesse sentido, o artigo 2º, na redação atual do Projeto⁵¹, dispõe de forma inequívoca que a modalidade a ser adotada pelo Brasil será a passiva, dando a entender que a chamada mediação ativa (conciliação) não se coaduna com o espírito do legislador.

Nesse ponto, mister algumas considerações.

A distinção entre mediação e conciliação é tarefa um tanto árdua.

Alguns autores recomendam tratar os dois termos como sinônimos. Entretanto, na Itália⁵² os autores estão traduzindo a palavra inglesa *mediation* para *conciliazione*, reservando o termo *mediazione* para a gestão dos conflitos em matéria familiar, social, escolástica e penal.

Isso tem o objetivo de distinguir claramente a atividade praticada pelo Estado em face da existência ou iminência de um processo (*conciliazione*), da atividade meramente espontânea de pacificação social, praticada em face da existência de conflitos latentes ou iminentes, mas sem que ainda se tenha cogitado do processo judicial (*mediazione*).

Porém, considerando que o sistema norte-americano é eminentemente paraprocessual e parajudicial, a proposta brasileira a ele em muito se assemelha. Mantendo a nomenclatura norte-americana, está sendo proposta no Brasil a mediação paraprocessual. Podemos, então, estabelecer três critérios fundamentais:

Quanto à finalidade, a mediação visa resolver, da forma mais abrangente possível, o conflito entre os envolvidos. Já a conciliação contenta-se em resolver o litígio conforme as posições apresentadas pelos envolvidos.

⁵⁰ WATANABE, Kazuo. *Cultura da Sentença e Cultura da Pacificação*, in *Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover* (org. Flávio Luiz Yarchell e Maurício Zanoide de Moraes), São Paulo: DPJ, 2005, p. 684-690.

⁵¹ “Art. 2º Para fins desta Lei, mediação é a atividade técnica exercida por terceiro imparcial que, escolhido ou aceito pelas partes interessadas, as escuta, orienta e estimula, sem apresentar soluções, com o propósito de lhes permitir a prevenção ou solução de conflitos de modo consensual”.

⁵² Conferir, por todos, PINHO, Humberto Dalla Bernardina de [organizador]. *Teoria Geral da Mediação à luz do Projeto de Lei e do Direito Comparado*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

Quanto ao método, o conciliador assume posição mais participativa, podendo sugerir às partes os termos em que o acordo poderia ser realizado, dialogando abertamente a este respeito, ao passo que o mediador deve abster-se de tomar qualquer iniciativa de proposição, cabendo a ele apenas assistir as partes e facilitar a sua comunicação, para favorecer a obtenção de um acordo de recíproca satisfação.

Por fim, quanto aos vínculos, a conciliação é uma atividade inerente ao Poder Judiciário, sendo realizada por juiz togado, por juiz leigo ou por alguém que exerça a função específica de conciliador. Por outro lado, a mediação é atividade privada, livre de qualquer vínculo, não fazendo parte da estrutura de qualquer dos Poderes Públicos. Mesmo a mediação paraprocessual mantém a característica privada, estabelecendo apenas que o mediador tem que se registrar no tribunal para o fim de ser indicado para atuar nos conflitos levados à Justiça.

Ademais, como referido, a mediação não deve ser utilizada na generalidade dos casos. Tal conduta equivocada levaria a uma falsa esperança em mais uma forma de solução de conflitos que não tem o condão de se desincumbir, satisfatoriamente, de certos tipos de litígios. O mediador não tem “*bola de cristal*” e nem “*varinha mágica*”.

Dáí a importância, frise-se, de ser instituído um mecanismo prévio e obrigatório para a tentativa da solução negociada dos conflitos, ainda que não necessariamente a mediação.

O autor, ao ajuizar a petição inicial, deveria alegar (e provar) ao magistrado que tentou, de alguma forma, solucionar pacificamente aquele conflito e que só está levando aquela causa ao Poder Judiciário porque não obteve sucesso em suas tentativas.

O juiz, se se convencer das alegações do autor, profere o despacho liminar positivo e determina a citação do réu; se entender, ao contrário, que há espaço e viabilidade para uma solução pacífica, designa uma sessão de mediação (incidental), se estiver convencido de que este mecanismo poderá, concretamente, ofertar alguma contribuição ao litígio que tem em suas mãos.

A mediação deve ser conduzida por profissionais habilitados, treinados e experimentados.

Toda Faculdade de Direito deveria ter, ao menos, uma dessas matérias em sua grade de disciplinas obrigatórias.

Ademais, os escritórios-modelo deveriam incluir um período de “*clínica de mediação*”, tendo o suporte de uma equipe interdisciplinar, formada por psicólogos, assistentes sociais e terapeutas, de forma a permitir uma formação mais adequada ao acadêmico⁵³.

Apenas com a mudança na Academia será possível observar a mudança na mentalidade dos operadores.

Aliado a isso, é preciso uma grande e prolongada campanha de esclarecimento à população a fim de que, de um lado, não se criem falsas expectativas, e, de outro, não se permita uma desconfiança quanto ao novo instituto, fruto de uma tradição arraigada nos países latino-americanos e ligada à falsa premissa de que apenas o juiz pode resolver o problema.

O sistema de mediação (prévia e incidental), tal como apresentado no Projeto de Lei nº 94, deve ser repensado, sob pena de submeter o processo a mais uma desnecessária delonga. É preciso uma racionalização na prestação jurisdicional.

Se, desde o início, fica claro que o cerne da controvérsia não é jurídico, ou seja, não está relacionado à aplicação de uma regra jurídica, de nada adianta iniciar a relação processual, para então sobrestá-la em busca de uma solução consensual. Isto leva ao desnecessário movimento da máquina judicial, custa dinheiro aos cofres públicos, sobrecarrega juízes, promotores e defensores e, não traz qualquer consequência benéfica.

É preciso amadurecer, diante da realidade brasileira, formas eficazes de fazer essa filtragem de modo a obter uma solução que se mostre equilibrada entre os Princípios do Acesso à Justiça e da Duração Razoável do Processo.

⁵³ Nesse sentido, veja-se a excelente iniciativa do Ministério da Justiça intitulada “Projeto Pacificar”. Maiores detalhes no sítio da Secretaria de Reforma do Poder Judiciário no seguinte endereço: <http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJ4F9B9115ITEMIDB273D42CA83B4131AE3FEE93D8C2D174PTBRIE.htm>.

Ainda nessa linha de raciocínio, parece ser um verdadeiro despautério cogitar da existência, num mesmo processo, de uma sessão de mediação, uma audiência preliminar e ainda uma AIJ na qual, novamente, tenta-se a conciliação.

Pensamos que, em regra, a conciliação deve ser pré-processual, facultando-se às partes a possibilidade de provocar o Poder Judiciário para obter a homologação do acordo (e com isso mais segurança jurídica para aquela relação); iniciado o fluxo processual, a opção da conciliação fica sempre aberta, mas não cabe mais ao Juiz buscá-la, provocá-la ou mesmo interromper a marcha dos atos processuais no afã obsessivo de alcançá-la. Tal iniciativa deve competir às partes e não ao magistrado.

A questão de ser o mediador um advogado ou não, tem suscitado grandes discussões. Infelizmente, o que move os debatedores não é uma preocupação desinteressada pelo tema. Há um forte “lobby” de setores da advocacia, em oposição ao movimento feito por setores e grupos ligados à psicologia.

Realmente, não nos parece adequado que o mediador seja, necessariamente, um advogado. Parece que a melhor configuração é a de um mediador não advogado, que pode ser auxiliado por um co-mediador advogado.

Participando da sessão de mediação estarão as partes que poderão levar seus advogados ou solicitar a intervenção de um defensor público ou advogado dativo, naquelas localidades nas quais a Defensoria Pública ainda não estiver estabelecida, ou quando o número de defensores disponíveis não for suficiente para atender a todas as demandas.

Diga-se, de passagem, que o árbitro, que tem poder de julgar, não precisa ser advogado. Por que, então, o mediador deveria ser, já que sua função não é julgar, mas sim auxiliar as partes e entender melhor o problema, aparando as arestas e removendo os obstáculos que impedem o acordo? O que é verdadeiramente importante é que o mediador seja alguém que tenha autoridade moral na comunidade e que sua habilidade para pacificar os conflitos seja reconhecida de forma geral, independentemente de sua profissão.

Costumamos dizer que ninguém deve se apresentar como mediador; essa qualidade é atribuída pela sociedade a partir da observação e do reconhecimento das atitudes daquela

pessoa. Hoje, os árbitros mais bem sucedidos e requisitados no mercado são pessoas que devotaram suas vidas à construção de uma reputação sólida e confiável.

É a opção do legislador privilegiar a mediação “passiva”, como já examinado, que não é de nossa tradição.

Desde o ano de 1995, com o advento da Lei dos Juizados Especiais, e a conseqüente “popularização” da justiça de pequenas causas, a população se acostumou com a figura do conciliador nos Juizados Especiais que pratica, na maioria dos casos, a mediação “ativa”, ou seja, interfere no conflito, oferece soluções, sugestões e mesmo valores.

Ao se optar pela mediação passiva, quer se queira ou não, faz-se a escolha por um procedimento mais demorado, profundo e que depende da habilidade do mediador em trazer as partes para um conhecimento mais próximo do problema, fazendo com que enxerguem determinados aspectos, sem, contudo, sugestioná-las ou de alguma forma interferir na sua cognição.

Se não houver um treinamento adequado (que demanda estrutura, tempo e muitas horas de clínica e exercícios) a opção do legislador não passará de uma norma programática e absolutamente divorciada da realidade prática.

A efetivação do cadastro e do registro de mediadores⁵⁴ é de suma importância, bem como a postura da OAB que, ao contrário das tradições corporativistas, deve dar o exemplo e punir todo e qualquer profissional que contribua, de alguma forma, para o desvirtuamento do processo de mediação.

⁵⁴ “Art. 15. Caberá, em conjunto, à Ordem dos Advogados do Brasil, ao Tribunal de Justiça, à Defensoria Pública e às instituições especializadas em mediação devidamente cadastradas na forma do Capítulo III, a formação e seleção de mediadores, para o que serão implantados cursos apropriados, fixando-se os critérios de aprovação, com a publicação do regulamento respectivo. (...) Art. 17. O Tribunal de Justiça local manterá Registro de Mediadores, contendo relação atualizada de todos os mediadores habilitados a atuar prévia ou incidentalmente no âmbito do Estado. (...) Art. 18. Na mediação extrajudicial, a fiscalização das atividades dos mediadores e co-mediadores competirá sempre ao Tribunal de Justiça do Estado, na forma das normas específicas expedidas para este fim. Art. 19. Na mediação judicial, a fiscalização e controle da atuação do mediador será feita pela Ordem dos Advogados do Brasil, por intermédio de suas seccionais; a atuação do co-mediador será fiscalizada e controlada pelo Tribunal de Justiça. Art. 20. Se a mediação for incidental, a fiscalização também caberá ao juiz da causa, que, verificando a atuação inadequada do mediador ou do co-mediador, poderá afastá-lo de suas atividades relacionadas ao processo, e, em caso de urgência, tomar depoimentos e colher provas, dando notícia, conforme o caso, à Ordem dos Advogados do Brasil ou ao Tribunal de Justiça, para as medidas cabíveis”.

Não é necessário referir aqui, posto que notórios, os incontáveis casos de falsidade, desvio e abuso de direitos, poderes e prerrogativas por pessoas que, a pretexto de exercerem a função de árbitros, procuravam travestir-se em falsos juízes de direito.

A redação do artigo 34 do Projeto⁵⁵, ao dispor sobre os casos em que não é cabível a mediação parece equivocada.

A proibição de seu uso no inventário chega a ser absurda, em razão da desjudicialização desse procedimento, promovida pela Lei nº 11.441/07.

Quer nos parecer que a Lei deve, apenas, fixar as premissas básicas, sem arrolar casos específicos. Em outras palavras, o critério para a determinação dos casos nos quais pode ser feita a mediação deve ser *ope iudicis* e não *ope legis*. Havendo dúvida, devem as partes procurar o Poder Judiciário e distribuir uma petição, ainda que com a finalidade de obter apenas a homologação judicial.

Já nos encaminhando para o fim deste breve texto, ciente de que as matérias aqui suscitadas abrem caminho para tantos outros questionamentos, gostaríamos de ressaltar que a mediação é um extraordinário instrumento que possibilita a compreensão do conflito a partir da participação efetiva dos envolvidos.

Parece-nos que ao longo da (recente) tradição democrática brasileira, talvez até mesmo como uma expressão da *mea culpa* do Estado, ciente de seu fracasso ao atender as necessidades mais básicas da população, forjou-se a idéia de que o Poder Judiciário deve ter uma posição paternalista em relação ao jurisdicionado.

O cidadão procura o Juiz⁵⁶, “despeja” seu problema e fica ao lado, aguardando impacientemente, reclamando e espraguejando se a solução demora ou se não vem do jeito

⁵⁵ “Art. 34. A mediação incidental será obrigatória no processo de conhecimento, salvo nos seguintes casos: I – na ação de interdição; II – quando for autora ou ré pessoa de direito público e a controvérsia versar sobre direitos indisponíveis; III – na falência, na recuperação judicial e na insolvência civil; IV – no inventário e no arrolamento; V – nas ações de imissão de posse, reivindicatória e de usucapião de bem imóvel; VI – na ação de retificação de registro público; VII – quando o autor optar pelo procedimento do juizado especial ou pela arbitragem; VIII – na ação cautelar; IX – quando na mediação prévia, realizada na forma da seção anterior, tiver ocorrido sem acordo nos cento e oitenta dias anteriores ao ajuizamento da ação. Parágrafo único. A mediação deverá ser realizada no prazo máximo de noventa dias e, não sendo alcançado o acordo, dar-se-á continuidade ao processo”.

⁵⁶ “A sociedade aprendeu a levar os conflitos para os tribunais. Com as leis aprendeu a evitar a violência, a guerra e a cobrança de seus interesses, necessidades e direitos, com as próprias mãos. Mas esqueceu como

que ele deseja. Estamos em que as partes devem ser envolvidas de forma mais direta na solução dos conflitos e a mediação contribuirá, em muito, para isso.

A implementação dessas idéias permitirá que o procedimento da mediação seja gravado com as mesmas garantias inerentes ao processo judicial num Estado Democrático de Direito, viabilizando e justificando esse meio alternativo dentro da exigência de um processo “justo”, na ótica da moderna doutrina processual italiana⁵⁷ e obediente aos postulados clássicos do *due process of law*.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CAPPELLETTI, Mauro [s/ indicação de tradutor], *Os Métodos Alternativos de Solução de Conflitos no Quadro do Movimento Universal de Acesso à Justiça*, in Revista de Processo, vol. 74, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, pp. 82/97.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Mezzi Alternativi di Tutela e Garanzie Costituzionali, in Revista de Processo, vol 99, p. 249/293.

CHASE, Oscar. Law, Culture and Ritual, New York University Press, New York, 2005. pp. 94/137.

DIRECTIVE 2008/52/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENTE AND OF THE COUNCIL, of 21 May 2008, on certain aspects of mediation in civil and commercial matters. Texto disponível em http://www.justice.ie/en/JELR/Pages/EU_directives.

FISCHER, Roger and William Ury, *Getting to Yes: Negotiating Agreement without Giving In*, Boston: Houghton Mifflin Co., 1981.

FISS, O.M. *Against Settlement*, 93 Yale Law Journal 1073-90, may 1984.

resolver conflitos em meio a essas mesmas necessidades e interesses delegando poderes que só ela por si pode exercer. Esqueceu como conquistar e administrar a paz”. SERPA, Maria de Nazareth. *Teoria e Prática da Mediação de Conflitos*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 62.

⁵⁷ Ver, por todos, 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, p. 159-176.

FULLER, Lon. *The forms and limits of adjudication*, 92 Harvard Law Review, 353, 1978.

FULLER, Lon. *Mediation: its forms and functions*, 44 S. Cal. Law Review, 305, 1971.

GOLDBERG, Stephen B., SANDER, Frank E.A., ROGERS, Nancy H., COLE, Sarah R. *Dispute Resolution – Negotiation, Mediation, and Other Processes*, 4th edition, New York: Aspen Publishers, Inc, 2003.

MARTIN, Nuria Beloso. Un paso más hacia la desjudicialización. La directiva europea 2008/52/ce sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles, in Revista Eletrônica de Direito Processual, ano 2, vol. 2, janeiro a dezembro de 2008, disponível no site <http://www.redp.com.br>.

MUÑOZ, Helena Soletto. La Mediación: Método de Resolución Alternativa de Conflictos en el Proceso Civil Español, in Revista Eletrônica de Direito Processual, ano 3, vol. 3, janeiro a junho de 2009, disponível no site <http://www.redp.com.br>.

MNOOKIN, Robert H. *Beyond Winning*, Cambridge: Harvard University Press, 2000; e BRESLIN, J. William & RUBIN, Jeffrey Z. *Negotiation Theory and Practice*, Cambridge: Harvard University Press, 1999.

NOVO PROJETO DE LEI SOBRE A MEDIAÇÃO NO PROCESSO CIVIL, disponível em <http://www.humbertodalla.pro.br>, acessado em 15 de janeiro de 2005.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Mecanismos de Solução Alternativa de Conflitos: algumas considerações introdutórias*, in Revista Dialética de Direito Processual, vol 17, pp. 09/14, São Paulo: Oliveira Rocha, 2004.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *"Mediação: a redescoberta de um velho aliado na solução de conflitos"*, in "Acesso à Justiça: efetividade do processo, (org. Geraldo Prado), Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, pp. 105/124.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, capítulo 23.

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.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. 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>, acesso em 12 de janeiro de 2010.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *A Mediação e as perspectivas para o processo civil contemporâneo*, in SOUZA, Alexander Araujo. GOMES, Décio Alonso (Coordenadores). *Contributos em Homenagem ao Professor Sergio Demoro Hamilton*, Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009, pp. 237/256.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Uma leitura processual dos direitos humanos. O direito fundamental à tutela adequada e à opção pela mediação como via legítima para a resolução de conflitos*, in KLEVENHUSEN, Renata Braga (organizadora). *Temas sobre Direitos Humanos em Homenagem ao Professor Vicente Barreto*, Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009, pp. 63/80.

RESTA, Eligio (trad. Sandra Vial). *O Direito Fraterno*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004.

ALGUMAS QUESTÕES SOBRE A APELAÇÃO NO PROCESSO CIVIL NORTE-AMERICANO E BRASILEIRO

Flávio Mirza

*Doutor em Direito (UGF). Professor Adjunto de
Direito Processual da UERJ (graduação, mestrado e
doutorado). Professor Adjunto no Centro de Ciências
Jurídicas da UCP. Advogado.*

Sumário: 1.Introdução. 2. Apelação e regra do julgamento final. 2.1. Aplicação aos litígios com múltiplas demandas ou múltiplas partes. 2.2. Exceções à regra do julgamento final. 3. Natureza e escopo do recurso de apelação no sistema norte-americano: cotejo com o Direito Processual Civil Brasileiro. 4. Conclusões. 5. Bibliografia

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo pretende, obviamente sem pretensão de esgotar o tema, descrever as principais características, com o respectivo elenco das regras processuais, da apelação no modelo norte-americano. Feito isso, será feito um cotejo, ainda que sumário, de tal sistema com o de nosso país.

O estudo de sistemas processuais de outros países, longe de ser inútil, ou, ainda, mero capricho acadêmico, permite compreender melhor nosso próprio sistema, estabelecendo comparações e buscando soluções para os problemas aqui existentes.¹

¹ José Carlos Barbosa Moreira alerta para o perigo de importações açodadas. Propõe, pois, “(...) a aferição escrupulosa da compatibilidade entre o enxerto pretendido e a compleição do organismo que o vai acolher”, cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre alguns aspectos do processo (civil e penal) nos países anglo-saxônicos., In: **Temas de Direito Processual.**, 7. Série, São Paulo: Saraiva, 2001, p.157. Cumpre mencionar que, não raro, institutos típicos da *common law* entram em nosso ordenamento de maneira pouco criteriosa. Como bem salienta Leonardo Greco: “As importações que se fazem de institutos da common Law sempre entram no nosso sistema de uma forma um pouco extravagante, anômala, e o sistema tem dificuldade

É interessante perceber que o estudo do processo norte-americano desnuda uma face daquela sociedade que se verifica, também, em outras áreas: o pragmatismo.

Com efeito, o processo civil estadunidense busca sempre a solução da lide², em seu sentido mais amplo, ou seja, busca-se resolver *in totum* o problema, pacificando a sociedade. Com efeito, por meio de um procedimento que só estabiliza a demanda em fase adiantada do caminho processual e de uma verdadeira prevalência do fundo sobre a forma, busca-se resolver o litígio da forma mais ampla possível.

Não se está afirmando que inexistam regras, mas com o processo busca-se a integração de todos os que tenham interesse no deslinde da causa³.

O estudo que se segue procura fornecer um panorama do recurso de apelação, fazendo, sempre que possível, comparações com o direito pátrio.

2. APELAÇÃO E REGRA DO JULGAMENTO FINAL

O Processo Civil vigente nas cortes federais norte-americanas, assim como o de algumas jurisdições estaduais, encerra, no que tange ao sistema recursal, e mais precisamente ao recurso de apelação, características diversas das apresentadas no modelo brasileiro.

Assim, no sistema recursal norte-americano impera a regra chamada de “*final judgement rule*”, ou, em tradução livre, regra do julgamento final⁴. Tal consiste na permissão de apelação a órgão jurisdicional de grau superior, apenas quando da prolação do

de assimilar esses novos institutos ou até mesmo acaba por desvirtuar as suas finalidades ou características.”, cf. GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**, volume I, Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 4. Feitas tais considerações, reafirmamos nossa crença na utilidade do estudo do direito comparado.

² Não estamos usando o conceito de lide cunhado por Carnelutti. O vocábulo está sendo usado como sinônimo de controvérsia, litígio.

³ O instituto da interpleader (defesa contra terceiros, em tradução livre) é um bom exemplo da afirmação feita.

⁴ No que tange à teleologia da regra contida no final judgment rule, que orienta a afirmação feita acima, vide: “(...) the rationale supporting its use rests on a desire to achieve judicial economy and efficiency”, cf. FRIEDENTHAL, Jack H., KANE, Mary Kay, MILLER, Arthur R.. **Civil procedure**, 3rd ed., St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1999, p. 602. Ainda da lavra de uma das autoras da obra anteriormente citada, em publicação individual: “In part the rule stems from a desire to obtain judicial economy (...)”, cf. KANE, Mary Kay. **Civil procedure: in a nutshell**, 4th ed.. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1996, p. 240.

juízo final no processo. Dessa forma, somente a decisão judicial que resolva o mérito, sendo, portanto, hábil à execução, será apelável⁵. A intenção da regra é a de que a decisão apelável tenha resolvido todas as questões que estavam sujeitas à apreciação judicial⁶.

Assim, as chamadas “*interlocutory orders*”, ou em tradução livre, decisões interlocutórias, que não são aptas a resolver o litígio como um todo, prendendo-se, assim, a questões incidentes no curso do processo, não estão sujeitas à revisão imediata⁷. Tais serão revistas somente no momento do julgamento da apelação interposta⁸.

Cumprido reconhecer, portanto, que a regra do julgamento final diz respeito ao momento processual em que determinado pleito recursal será analisado, adiando o exame pela instância superior de decisões interlocutórias até o momento propício à interposição da apelação⁹. Por óbvio, não se está afirmando que as decisões interlocutórias são inapeláveis, mas que, em princípio, não admitem apelação imediata após sua prolação.

Como comentado anteriormente, essa regra, orientadora da estrutura recursal das cortes federais e de algumas jurisdições estaduais norte-americanas, traduz-se em economia processual porque evita a movimentação de todo um expediente recursal a cada decisão sobre questão incidental proferida no curso do processo. Há que se lembrar que a possibilidade de recorrer importa concessão de prazo, e, seja no formato do sistema norte-americano, seja no brasileiro, requer elaboração de peça, reunião de documentos

⁵ Essa é a lição contida no trecho a seguir: “An often quoted definition of a final judgment rule is an order that ‘ends the litigation on the merits and leaves nothing for the court to do but execute the judgment’”. Tal definição baseia-se no entendimento esposado no caso *Catlin v. U.S.* (1945), conforme informado pelos autores à nota 5. Cf. FRIEDENTHAL, Jack H., KANE, Mary Kay, MILLER, Arthur R., *op. cit.*, p. 601.

⁶ Por oportuno, cite-se: “The final judgment is defined as that order that leaves nothing to be done in the action except to execute on the judgment. It concludes all the rights that were subject to litigation”, cf. KANE, Mary Kay., *op. cit.*, p. 239.

⁷ “Thus, interlocutory orders ultimately are reviewable, but not immediately appealable”, cf. FRIEDENTHAL, Jack H., KANE, Mary Kay, MILLER, Arthur R., *op. cit.*, p. 601.

⁸ “A ruling prior to final judgment may not be appealed at the time the ruling was made. Instead, such a ruling may be reviewed by the appellate court only if appeal is subsequently taken from the final judgment”, cf. HAZARD Jr., Geoffrey C., TARUFFO, Michele. **American civil procedure: an introduction**, New Haven: Yale University Press, 1993, p. 178.

⁹ Como explicam os professores Hazard e Taruffo: “(...) the final judgment rule postpones opportunity to appeal until final decision in the trial court”, cf. HAZARD Jr., Geoffrey C., TARUFFO, Michele, *op. cit.*, p. 187.

comprobatórios e uma série de outras providências que só retardam o curso da resolução da controvérsia principal¹⁰.

Outra razão a sustentar a escolha da “*final judgment rule*” está na existência de questões que poderiam ser alvo de solicitação de revisão à instância superior por alguma das partes, mas que, ao final do processo, restariam prejudicadas, tendo em vista a declaração de procedência dos pedidos, no caso da parte autora, ou, à improcedência deles, no caso da parte ré. A resignação de uma das partes com alguma decisão interlocutória que lhe tenha sido desfavorável em virtude de uma vitória no desfecho final foi capaz de economizar precioso tempo na resolução do conflito¹¹. Percebe-se, na conformidade do que foi dito anteriormente, forte influência do pragmatismo.

Motivação não menos importante à adoção da mencionada regra é a deferência maior ao ofício dos juízes de primeira instância, haja vista a impossibilidade de revisão imediata das decisões interlocutórias pela instância superior. Concede-se, portanto, maior autoridade às suas decisões¹². Cumpre mencionar que no Brasil também há entendimento no sentido de se conferir maior importância às decisões de primeira instância.

Demais disso, deve ser observado que a possibilidade de recorrer de cada decisão interlocutória proferida acaba servindo à postergação da conclusão do julgamento, ainda mais quando se admite a atribuição de efeito suspensivo ao remédio judicial interposto¹³. Os objetivos últimos dessa norma são, por conseguinte, impedir os expedientes procrastinatórios, servindo à efetivação dos fins colimados no processo.

¹⁰ Não é o escopo deste trabalho esmiuçar os detalhes procedimentais da interposição de recursos no sistema norte-americano. No entanto, para maiores noções sobre todo o sistema de recursos norte-americano e, ainda, maiores explicações sobre suas formas de interposição, cf. HAZARD Jr., Geoffrey C., TARUFFO, Michele, *op. cit.*, p. 172-193.

¹¹ No sentido do texto: “Further, many adverse rulings never require appellate review. A losing party on a particular motion, for example, ultimately may prevail at trial and thus will not seek an appeal at all, saving appellate court time”, cf. FRIEDENTHAL, Jack H., KANE, Mary Kay, MILLER, Arthur R., *op. cit.*, p. 602. Ainda: “Indeed, the need for an appeal on a given ruling may be avoided totally if the losing party on that issue prevails in the trial court”, cf. KANE, Mary Kay., *op. cit.*, p. 240.

¹² “Adherence to the final judgment rule also avoids the risk that immediate appeals from all trial court orders may decrease respect for the authority of the trial judge”, cf. FRIEDENTHAL, Jack H., KANE, Mary Kay, MILLER, Arthur R., *op. cit.*, p. 602.

¹³ A propósito: “Appeals from final judgment also avoid the problem of delaying the trial in order to decide interlocutory matters”, cf. KANE, Mary Kay., *op. cit.*, p. 240. No mesmo sentido: “By avoiding interlocutory appeals, the trial process also may proceed more rapidly, because it will not need to be stalled while waiting for the appellate ruling”, cf. FRIEDENTHAL, Jack H., KANE, Mary Kay, MILLER, Arthur R., *op. cit.*, p. 602.

Ocorre que, mesmo reconhecendo todas essas vantagens, a aplicação da regra do julgamento final comporta o sacrifício de alguns outros interesses. Por essa razão, determinadas jurisdições ainda não se convenceram de sua eficiência¹⁴. Argumenta-se que a possibilidade da apelação imediata das decisões interlocutórias evitaria um julgamento desnecessário, mormente quando a questão decidida versar sobre o prosseguimento do processo. Pode-se aduzir ainda, que haveria possibilidade de um julgamento final mais sofisticado (detalhado), ou seja, melhor instruído, em razão do esmiuçamento das questões incidentais mais controvertidas. Não se pode olvidar, ainda, que a revisão imediata e especificada de decisões interlocutórias alça os tribunais de grau superior à posição de órgãos direcionadores e uniformizadores da interpretação da lei – caminho em certa medida oposto àquele propugnado pela regra do julgamento final ao permitir maior deferência às decisões do juiz de primeiro grau.

Eis as justificativas expostas por Friedenthal, Kane e Miller:

“This is not because they do not desire judicial economy, but rather they have determined that allowing interlocutory appeals is more efficient. This is particularly true if the issue on which an appeal is sought is one that would be determinative so that allowing an immediate appeal may avoid an unnecessary trial. Allowing interlocutory review also arguably supports a better and more refined trial: by correcting the errors below as they occur, whatever judgment ultimately is reached may be less likely to be reversed thus avoiding a wasted trial. In addition to this difference of view regarding which approach is more efficient, those systems allowing a more liberal interlocutory review focus on the task of the appellate courts to provide guidance to the lower courts concerning the interpretation of the law”¹⁵

¹⁴ Esse é o caso de Nova York, que permite apelação em todas as oportunidades em que a decisão envolver “substantial right”. Wisconsin também permite apelação imediata em casos em que o recurso sirva à proteção do jurisdicionado quanto a algum dano irreparável. Cf. FRIEDENTHAL, Jack H., KANE, Mary Kay, MILLER, Arthur R., *op. cit.*, p. 602, nota 18.

¹⁵ Cf. FRIEDENTHAL, Jack H., KANE, Mary Kay, MILLER, Arthur R., *op. cit.*, p. 603. Há, ainda, outras manifestações ratificando algumas dessas justificativas: “(...) where the trial judge commits a serious error at an early stage of the litigation, postponement of appeal often results in serious injustice. Unless immediate appellate review can be obtained, the remaining phases of the case may be entirely useless effort. The risk of such consequences can be avoided by ‘interlocutory’ appellate review, meaning review while deliberations are still proceeding in the court below”, cf. HAZARD Jr., Geoffrey C., TARUFFO, Michele, *op. cit.*, p. 187.

Diante do exposto, nota-se que há pontos fortes a favor da adoção da regra do julgamento final, mas também há ponderações relevantes levantadas em favor de sua inaplicabilidade¹⁶.

Em verdade, não se pode ignorar que determinadas decisões interlocutórias podem vir a agravar muito a situação da parte envolvida trazendo graves prejuízos. E, forçá-la a esperar até a prolação de um julgamento final pode ser mais prejudicial ainda. Por outro lado, quanto mais rígidos os requisitos para interposição de apelação, mais celeridade e economia processual podem ser auferidos.

Na tentativa de mediar os valores envolvidos na adoção de um ou outro caminho, algumas exceções à regra do julgamento final foram firmadas na jurisprudência e outras foram incorporadas às normas positivadas de determinadas jurisdições¹⁷. Há, inclusive, Estados que, apesar de se filiarem à regra do julgamento final, têm regras processuais quanto à apelação tão flexíveis que mais se assemelham àqueles Estados em que tal regra não vigora¹⁸.

Resta ao advogado, dessa forma, estudar as normas e a jurisprudência do Estado onde vai litigar, averiguando quais as decisões que se enquadram no conceito de apeláveis conforme a regra do julgamento final e quais são as exceções reconhecidas naquele Estado. Ou se, pelo contrário, o Estado admite livremente apelações imediatas de decisões interlocutórias. Há que se ter em mente que, se permitida a apelação imediata de decisão interlocutória, a perda do prazo para impugná-la importará em preclusão, ou seja, nem mesmo quando da apelação da sentença final poderá ser levantada qualquer objeção àquela decisão¹⁹.

¹⁶ Como bem sintetizou Mary Kay Kane, na obra individual já mencionada: “Thus, there are persuasive arguments supporting and criticizing the final judgment rule”, cf. KANE, Mary Kay., *op. cit.*, p. 241.

¹⁷ Vide item 2.2.

¹⁸ Isso é o que demonstram FRIEDENTHAL, Jack H., KANE, Mary Kay, MILLER, Arthur R., *op. cit.*, p. 603, nota 22.

¹⁹ Neste sentido: “Thus, it is more critical to consult the law in the jurisdiction where the initial proceeding is filed to determine whether an immediate appeal is allowed because the failure to take an immediate appeal, if it is permitted, will waive the right to raise that issue on an appeal from the final judgment”, cf. KANE, Mary Kay., *op. cit.*, p. 241.

Por outro lado, reconhecer o que seja uma decisão final, imediatamente apelável, também requer cautela, uma vez que o reconhecimento incorreto acarretará na inadmissibilidade da apelação²⁰, seja pela impropriedade da decisão submetida ao segundo grau, seja pela perda do prazo para interposição da apelação da sentença final, quando o advogado tenha sido inábil a distinguir que a sentença final tenha sido proferida²¹.

Por oportuno, deve-se ressaltar a rigidez com que as cortes federais norte-americanas aplicam a regra do julgamento final. Se nas jurisdições estaduais não há uniformidade de conceitos e as exceções são as mais diversas possíveis, originando a já aludida flexibilidade da regra do julgamento final, nas cortes federais o tratamento é outro. Nesse caso, as exceções são lidas e interpretadas restritivamente, a fim de assegurar o atendimento da “*final judgment rule*”²². Em virtude da diversidade de regimes nos diferentes estados na federação norte-americana, bem como no maior interesse causado pelo tratamento rigoroso da “*final judgment rule*”, este trabalho focará o exame da estrutura federal vigente para as apelações cíveis.

²⁰ Relevante observar que se utiliza um termo próprio do direito brasileiro, em português, para definir o que se chama no sistema norte-americano de “dismissal of an appeal” (FRIEDENTHAL, Jack H., KANE, Mary Kay, MILLER, Arthur R., *op. cit.*, p. 602), em virtude da similitude existente entre as duas situações: a decisão de inadmissibilidade de um recurso, no direito brasileiro, é aquela em que não se chega ao ponto de examinar o mérito do recurso, pois algum dos seus pressupostos de admissibilidade não foi atendido (SANTOS, Moacyr Amaral, *op. cit.*, p. 87). Isso é o que parece ocorrer no caso da dismissal norte-americana, pois a impropriedade da decisão submetida à análise do grau superior de jurisdição impede que se adentre o mérito, restando prejudicada a apelação.

²¹ Conforme FRIEDENTHAL, Jack H., KANE, Mary Kay, MILLER, Arthur R., *op. cit.*, p. 602. A inabilidade do advogado, aqui mencionada, pode ficar ainda mais evidente nas cortes federais, considerando-se que há regra que propugna que o julgamento final deve ser redigido em documento apartado. Facilita-se a atividade do advogado, pois a parte poderá esperar até que esse documento seja emitido para, a partir daí, ter como iniciado seu prazo para interposição de apelação. A norma aludida é a Regra 58 das Federal Rules of Civil Procedure (“FRCP”).

“**Rule 58. Entry of Judgment. (a) Separate Document.** (1) Every judgment and amended judgment must be set forth on a separate document, but a separate document is not required for an order disposing of a motion: [...] **(b) Time of Entry.** Judgment is entered for purposes of these rules: (1) if Rule 58(a)(1) does not require a separate document, when it is entered in the civil docket under Rule 79(a), and (2) if Rule 58(a)(1) requires a separate document, when it is entered in the civil docket under Rule 79(a) and when the earlier of these events occurs: **(A)** when it is set forth on a separate document, or **(B)** when 150 days have run from entry in the civil docket under Rule 79(a). [...] **(d) Request for Entry.** A party may request that judgment be set forth on a separate document as required by Rule 58(a)(1)”.

²² Como se extrai da seguinte passagem: “Without doubt, the federal courts are among the most strict in adhering to the finality requirement; the federal appellate courts have been sensitive to the need to protect their dockets from numerous interlocutory appeals”, cf. FRIEDENTHAL, Jack H., KANE, Mary Kay, MILLER, Arthur R., *op. cit.*, p. 604.

Não é difícil perceber que o que se convencionou traduzir aqui como decisão interlocutória seja, em verdade, semelhante à própria decisão interlocutória do direito brasileiro, prevista no art. 162, §2º do Código de Processo Civil (CPC)²³. Não se pode negar também a similitude entre o julgamento final do direito norte-americano e a apelação das sentenças no direito pátrio²⁴. Entretanto, apesar de serem decisões aptas a por fim ao processo, o julgamento final do direito norte-americano deve dizer respeito ao mérito. Neste ponto há diferenças, pois, no direito brasileiro, são apeláveis tanto as sentenças terminativas, quanto as definitivas.

As decisões interlocutórias, no sistema norte-americano, via de regra, não comportam apelação imediata, merecendo apenas a revisão no momento da apelação. Este expediente recursal pode, numa primeira impressão, fazer lembrar o sistema do agravo retido do direito brasileiro²⁵. Todavia, essa similitude, a nosso ver, inexistente, pois, apenas para citar uma diferença, suas formas de interposição diferem bastante.

2.1, Regra do julgamento final: aplicação aos litígios com múltiplas demandas ou múltiplas partes

Assentadas as premissas a respeito da regra basilar que rege as apelações cíveis no sistema processual civil norte-americano, deve ser mencionada a peculiaridade que envolve os litígios complexos, ou seja, os que contêm múltiplas demandas (pedidos) ou múltiplas partes, conforme consignado na regra 54(b) das *Federal Rules of Civil Procedure*²⁶.

²³ Art. 162, § 2º - Decisão interlocutória é o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente.

²⁴ A definição legal (e brasileira) de sentença está prevista no art. 162, §1º, CPC (com redação dada pela Lei nº. 11.232/05). Como se pode observar da leitura do texto legal, tanto a sentença terminativa (art. 267, CPC), quanto à sentença definitiva (art. 269, CPC) estão englobadas nesse conceito. Recorre-se a Moacyr Amaral Santos, por oportuno: “Finais são as decisões que encerram o processo, põem termo à relação processual, esgotam a função do juiz. Proferindo-as, o juiz dá por cumprido o seu dever jurisdicional”, cf. SANTOS, Moacyr Amaral, *op. cit.*, p. 6. Quanto às sentenças que julgam o mérito, continua o autor: “as sentenças no sentido estrito, no sentido romano de sententia, decidem do pedido, julgando-o procedente ou improcedente. Põem termo à relação processual, mas também à ação. Encerram o processo com o julgamento do mérito”, cf. SANTOS, Moacyr Amaral, *op. cit.*, p. 7.

²⁵ Para o agravo retido, vide os arts. 522 e ss. do CPC. Como se sabe, hodiernamente, a regra no Direito brasileiro é que o agravo seja retido.

²⁶ A regra 54 (b) da FRCP tem a seguinte redação: “Rule 54 (b) **Judgment Upon Multiple Claims or Involving Multiple Parties.** When more than one claim for relief is presented in an action, whether as a

A aplicação literal e rígida da “*final judgment rule*” nesse tipo de litígio – significando que todas as partes aguardassem até que todas as demandas fossem examinadas pelo juiz para que fosse possível uma apelação – tornaria demasiadamente longa a possibilidade de apelação de uma decisão que contenha um julgamento final com relação a alguma das partes ou especificamente para alguma das demandas (pedidos). Se uma das partes já recebeu a resposta jurisdicional a algum de seus pleitos, não haveria motivos para aguardar que todas as partes obtivessem o julgamento de todas as questões apresentadas para a apreciação no segundo grau de jurisdição²⁷.

Assim, quando o juiz identificar uma decisão como sendo final quanto a uma das partes ou quanto a um dos pedidos, deverá certificar a possibilidade de apelação daquela decisão, justificando tal certificação em razão da inexistência de justo motivo para aguardar a decisão que se pronuncia sobre todos os pedidos e sobre todas as partes. Caso o juiz não certifique, não será possível a apelação daquela decisão²⁸. Nota-se, desde já, um quê de discricionariedade do juiz, pois sem certificação não poderá ser interposta a apelação.

Contudo, não basta que o juiz de primeiro grau dê sua certificação, sendo necessário, também, que o tribunal de apelação aprecie a admissibilidade do recurso. O tribunal de apelação irá reconsiderar as razões que levaram o juiz de primeira instância a permitir a apelação imediata de forma completamente discricionária. Em verdade, não há requisitos precisos a serem cumpridos para assegurar que o tribunal do segundo grau de

claim, counterclaim, cross-claim, or third-party claim, or when multiple parties are involved, the court may direct the entry of a final judgment as to one or more but fewer than all of the claims or parties only upon an express determination that there is no just reason for delay and upon an express direction for the entry of judgment. In the absence of such determination and direction, any order or other form of decision, however designated, which adjudicates fewer than all the claims or the rights and liabilities of fewer than all the parties shall not terminate the action as to any of the claims or parties, and the order or other form of decision is subject to revision at any time before the entry of judgment adjudicating all the claims and the rights and liabilities of all the parties”.

²⁷ Conforme KANE, Mary Kay., *op. cit.*, p. 242.

²⁸ No sentido do texto: “(...) a trial judge in an action with multiple claims or parties may identify as appealable a particular order issued with respect to a claim or party by making an express direction for the entry of a judgment as to the claim or party involved and by certifying that there is no just reason to delay an appeal. In the absence of this trial court certification, no appeal will lie”, cf. FRIEDENTHAL, Jack H., KANE, Mary Kay, MILLER, Arthur R., *op. cit.*, p. 605.

jurisdição receba a apelação²⁹. Certo é, que a interpretação da regra 54 (b) é restritiva devendo coadunar-se com a da “*final judgment rule*”³⁰.

Merece comentário a semelhança entre esse sistema de duplo exame – a certificação do juiz de primeiro grau e o reexame da possibilidade de apelação pelo tribunal de apelação – e o da análise dos pressupostos de admissibilidade dos recursos no direito processual civil brasileiro³¹.

Entretanto, há uma dificuldade na análise da admissibilidade dessas apelações no que tange ao reconhecimento de um julgamento final quanto a um dos pedidos. A questão que surge diz respeito à dificuldade de distinguir o julgamento de um pedido, da decisão sobre uma das teorias em que um dos pedidos se baseava (sendo certo que a linha de distinção é tênue no direito norte-americano).

A Suprema Corte Americana já decidiu que se um pedido fundamentar-se em diferentes causas de pedir que possam, separadamente, serem aplicadas, há pedidos diferentes para o efeito da Regra 54 (b)³². Logo, se o juiz manifestou-se sobre uma das causas de pedir que perfaça esse requisito, haverá possibilidade de certificação sobre essa decisão para efeitos da Regra 54 (b).

Já no que concerne ao reconhecimento de uma decisão apelável no caso de múltiplas partes, não há maiores dificuldades. A única exigência é que todos os pedidos

²⁹ A propósito: “Consistent with the discretionary character of this determination, there are no precise guidelines for the courts to apply”, cf. FRIEDENTHAL, Jack H., KANE, Mary Kay, MILLER, Arthur R., *op. cit.*, p. 606.

³⁰ A propósito, Friedenthal e outros: “(...) interpreting Rule 54 (b) consistent with the policies underlying the general goal of finality that controls appellate review”, cf. FRIEDENTHAL, Jack H., KANE, Mary Kay, MILLER, Arthur R., *op. cit.*, p. 607.

³¹ A respeito do duplo exame de admissibilidade: “Em princípio, reconhece-se ao órgão perante o qual se interpõe o recurso competência para verificar-lhe a admissibilidade; (...) outro princípio fundamental é o de que, seja qual for o recurso, pelo menos a questão da admissibilidade não deve jamais ser subtraída à apreciação do órgão ad quem. (...) A competência atribuída ao órgão perante o qual se interpõe o recurso, para aferir-lhe a admissibilidade, não exclui obviamente a competência do órgão ad quem, no tocante a esse ponto”, cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao Código de Processo Civil**, vol. V, 10ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 263-264.

³² Esta afirmativa baseia-se na informação trazida por FRIEDENTHAL, Jack H., KANE, Mary Kay, MILLER, Arthur R., *op. cit.*, p. 605, especialmente as notas 35 e 36.

relacionados àquela parte tenham sido decididos de forma final. Se algum dos pedidos ainda permanecer sem julgamento, não poderá ocorrer a certificação quanto à decisão³³.

2.2. Exceções à regra do julgamento final

Como mencionado anteriormente, são admitidas exceções à regra do julgamento final, que variam no tão fragmentado sistema norte-americano.

Nas cortes federais, objeto deste estudo, serão examinadas as exceções criadas: a) por força da jurisprudência e b) àquelas positivadas (ou legais).

A primeira das exceções jurisprudenciais criada foi a da “*collateral order doctrine*”, oriunda de decisão da Suprema Corte no caso “*Cohen v. Beneficial Industrial Loan Corporation*”.

A Suprema Corte entendeu que determinadas decisões são finais quanto às questões que decidem e, por isso mesmo, não seriam alteradas pelo juiz de primeiro grau (ou seja, a ordem dada pelo juiz de 1º grau, que está sob apelação, realmente deve envolver assuntos colaterais, bem como ser uma determinação final acerca desses assuntos). Nessas condições (vide o caso citado), admitiu-se a apelação imediata, consignando-se que tal apelação estava em consonância com a “*final judgment rule*”.

Como explicam Friedenthal, Kane e Miller, “*the key to invoking the Cohen doctrine is that the trial court’s decision must determine a matter collateral to the rights underlying the action and one that is too important to be denied review*”. Dessa forma, se esses dois critérios estiverem presentes – (i) a decisão tratar de um assunto colateral à questão principal submetida ao exame do juízo e (ii) a questão colateral ser muito importante para ser negada –, poderá vir a ser permitida a apelação imediata.

Não se pode olvidar que o assunto colateral deve ter sido decidido de forma final e conclusiva. Demais disso, o tribunal deve estar convencido de que deixar a possibilidade de revisão para o momento da prolação da sentença final poderá acarretar na falta de

³³ Nesse sentido, vide ainda FRIEDENTHAL, Jack H., KANE, Mary Kay, MILLER, Arthur R., *op. cit.*, p. 606. Esses autores citam casos jurisprudenciais que embasaram suas conclusões à nota 38.

efetividade da decisão³⁴. Assim, o tribunal analisa se é realmente necessário possibilitar a revisão imediata da questão decidida, residindo nesse ponto o requisito relativo à importância. Examina-se, por exemplo, se a questão é tão importante a ponto de causar dano irreparável³⁵.

Outra ressalva jurisprudencial à regra do julgamento final se desenvolveu a partir do caso “*Forgay v. Conrad*”. Tal ressalva baseia-se na possibilidade da ocorrência de irremediáveis consequências a partir de uma decisão³⁶. Nota-se que esse requisito, por si só, faz parecer que essa exceção jurisprudencial é, na realidade, uma versão flexibilizada da exceção prevista *collateral order doctrine*.

Ocorre que, em verdade, essa é uma exceção bem restrita, pois não se averigua somente se da decisão poderão advir consequências irremediáveis. A rigor, o tribunal de apelação levará em consideração apenas aquelas decisões que cominem uma ação ou uma omissão à parte atingida³⁷. Tais decisões, como impõem uma determinada conduta, pressupõem que, se a mesma se realizar, poderá haver uma consequência irremediável. Por esse motivo, essa exceção, que *a priori* parece bem abrangente, não comporta alcance tão amplo, já que é imprescindível que se tenha configurada a atribuição de determinada conduta.

³⁴ Conforme demonstra o trecho a seguir: “The court must be able to find that there could be no effective review of the order after a final judgment is entered”, cf. FRIEDENTHAL, Jack H., KANE, Mary Kay, MILLER, Arthur R., *op. cit.*, p. 609.

³⁵ “Under the collateral order doctrine an immediate appeal may be taken from an order that is final and unrelated to the merits (collateral) but that, if it is not appealed immediately, may result in irreparable harm to the appellant”, cf. KANE, Mary Kay., *op. cit.*, p. 245). Esta mesma autora lista interessantes situações em que os requisitos estavam presentes, motivando a revisão imediata: “the denial of a motion to impose security for costs on plaintiffs in a shareholder derivative suit; the denial of a motion to proceed in forma pauperis; and the Grant of a motion to require the plaintiff in a class action to send individual notice to all the unnamed class members”, cf. KANE, Mary Kay., *op. cit.*, p. 246.

³⁶ “Irremediáveis consequências” é a tradução livre da expressão “irremediable consequences” utilizada por Mary Kay Kane. Cf. KANE, Mary Kay., *op. cit.*, p. 247.

³⁷ Assim: “This will occur only when the trial court’s determination is such that it necessarily requires some immediate act or conduct by the parties that will be irremediable should later review suggest that it was improperly ordered”, cf. FRIEDENTHAL, Jack H., KANE, Mary Kay, MILLER, Arthur R., *op. cit.*, p. 610-611.

No que concerne às exceções legais, podem ser vislumbradas três categorias, como ensinam Friedenthal, Kane e Miller³⁸.

A primeira delas diz respeito ao elenco de decisões interlocutórias que merecem apelo imediato trazido na 28 U.S.C.A. § 1292 (a)³⁹. A leitura das hipóteses legais trazidas demonstra o quão concretas elas são⁴⁰. Em verdade, além de concretas, as hipóteses de decisão que poderão sofrer o apelo imediato são interpretadas restritivamente, o que assegura uma boa ponderação entre a rigidez da regra do julgamento final e as consequências irremediáveis que poderiam surgir do retardamento do momento da revisão⁴¹.

A segunda categoria de reservas à regra do julgamento final está contida no texto da 28 U.S.C.A. § 1292 (b)⁴². Diferentemente do que ocorre com a alínea *a* dessa mesma seção, que traz hipóteses exaustivas e devem ser interpretadas restritivamente, a alínea *b* traz uma série de *standards* que, se atendidos, poderão permitir a apelação imediata. Esta regra consigna certa flexibilidade a “*final judgment rule*”. Entretanto, da forma como interpretada

³⁸ Friedenthal, Kane e Miller fazem a divisão em três categorias, que são expostas no presente estudo, cf. FRIEDENTHAL, Jack H., KANE, Mary Kay, MILLER, Arthur R., *op. cit.*, p. 611.

³⁹ Title 28 – Judiciary and Judicial Procedure, **Section 1292. Interlocutory decisions (a)** Except as provided in subsections (c) and (d) of this section, the courts of appeals shall have jurisdiction of appeals from: (1) Interlocutory orders of the district courts of the United States, the United States District Court for the District of the Canal Zone, the District Court of Guam, and the District Court of the Virgin Islands, or of the judges thereof, granting, continuing, modifying, refusing or dissolving injunctions, or refusing to dissolve or modify injunctions, except where a direct review may be had in the Supreme Court; (2) Interlocutory orders appointing receivers, or refusing orders to wind up receiverships or to take steps to accomplish the purposes thereof, such as directing sales or other disposals of property; (3) Interlocutory decrees of such district courts or the judges thereof determining the rights and liabilities of the parties to admiralty cases in which appeals from final decrees are allowed.

⁴⁰ Essa afirmativa se fundamenta em Mary Kay., *op. cit.*, p. 244, *in verbis*: “Each one of these exceptions is quite concrete”.

⁴¹ Friedenthal, Kane e Miller afirmam que uma análise percuciente das hipóteses demonstra que elas não fogem tanto ao escopo da regra do julgamento final e, por isso, com ela se coadunam. Cf. FRIEDENTHAL, Jack H., KANE, Mary Kay, MILLER, Arthur R., *op. cit.*, p. 612.

⁴² Title 28 – Judiciary and Judicial Procedure, **Section 1292. Interlocutory decisions (b)** When a district judge, in making in a civil action an order not otherwise appealable under this section, shall be of the opinion that such order involves a **controlling question of law** as to which there is **substantial ground for difference of opinion** and that **an immediate appeal from the order may materially advance the ultimate termination of the litigation**, he shall so state in writing in such order. The Court of Appeals which would have jurisdiction of an appeal of such action may thereupon, in its discretion, permit an appeal to be taken from such order, if application is made to it within ten days after the entry of the order: Provided, however, That application for an appeal hereunder shall not stay proceedings in the district court unless the district judge or the Court of Appeals or a judge thereof shall so order.

pelos cortes federais, não chega a representar uma ameaça à sua inteligência e finalidade⁴³. Cumpre consignar, na esteira dos ensinamentos de Friedenthal e outros, que ainda há espaço para discricionariedade dos tribunais⁴⁴ quando da determinação do que será imediatamente apreciado ou não. Isso ocorre em virtude da necessidade de certificação tanto do juiz que prolatou a decisão, quanto do tribunal de apelação, assim como ocorre nos litígios complexos. Ambos os juízos (*a quo e ad quem*) devem concordar que os requisitos autorizadores da flexibilização da regra, trazidos na lei, estão presentes na hipótese sob exame⁴⁵.

A terceira categoria de exceções legais à regra do julgamento final não é, verdadeiramente, uma série de reservas formalmente estabelecidas com o objetivo de excepcionar tal regra. Tratam-se de vias extraordinárias para a apelação imediata da decisão interlocutória, a saber: *writ of mandamus e prohibition*⁴⁶. Diversamente do que ocorre nas jurisdições estaduais, as cortes federais, foco deste trabalho, têm postura bastante conservadora quanto a esses remédios jurídicos.

Em razão de representarem vias extremas, tais formas de apelo não são concebidas como forma genérica de revisão imediata de decisões interlocutórias. Estão submetidas, mais uma vez, à discricionariedade do juízo, não havendo regras precisas e predeterminadas a respeito de sua admissibilidade. Deve-se ter em mente, no entanto, que representam uma

⁴³ “A close look at the statute’s language indicates that it is not designed as a broad loophole to finality and the courts have interpreted it accordingly”, cf. FRIEDENTHAL, Jack H., KANE, Mary Kay, MILLER, Arthur R., *op. cit.*, p. 613.

⁴⁴ No sentido do texto: “Appeals under Section 1292 (b) are subject to the discretion of the courts”, cf. FRIEDENTHAL, Jack H., KANE, Mary Kay, MILLER, Arthur R., *op. cit.*, p. 613.

⁴⁵ Relevante a transcrição do texto a seguir: “Both courts must agree that the order involves ‘a controlling question of law’, that ‘there is substantial ground for difference of opinion’ with regard to the issue presented, and ‘that an immediate appeal from the order may materially advance the ultimate termination of the litigation’”, cf. FRIEDENTHAL, Jack H., KANE, Mary Kay, MILLER, Arthur R., *op. cit.*, p. 613.

⁴⁶ Diferentemente do que ocorre na obra coletiva, Mary Kay Kane, na sua obra individual, não aloca essa modalidade de exceção como uma terceira categoria das exceções legais. Explica a professora: “There are two extraordinary routes of appeal that must be mentioned, though they are of limited use”, cf. KANE, Mary Kay., *op. cit.*, p. 247. Entretanto, apesar de alocar como uma terceira categoria, os três autores reconhecem que tal categoria distingue-se muito das outras duas descritas, conforme o que se segue: “The use of a so-called extraordinary writ differs from all other means of review because technically it is not an appeal, but an original proceeding in the appellate court seeking an order directing the trial judge to enter or vacate a particular order”, cf. FRIEDENTHAL, Jack H., KANE, Mary Kay, MILLER, Arthur R., *op. cit.*, p. 615. Quanto ao conceito de mandamus e prohibition, temos: “The extraordinary writs are mandamus, which is an order from the appellate court requiring the lower court to take specified action, and prohibition, which is an order requiring the lower court to refrain from specified action”, cf. HAZARD Jr., Geoffrey C., TARUFFO, Michele, *op. cit.*, p. 189.

interferência deliberada na atuação do juiz de primeira instância no curso do processo. Dessa forma, foram concebidas sob a égide da teleologia descrita abaixo:

“The traditional view of federal extraordinary writ power is that it exists to aid appellate court jurisdiction by allowing the court to confine trial judges to the lawful exercise of their jurisdiction or to compel them to act if they have abdicated their jurisdictional obligations.

[...]

The writ is available only when the issue on which mandamus is sought is one that goes to the jurisdiction of the court, such as an order transferring the case, the effect of which as to deprive the appellate court in the circuit where the suit originally was filed of the opportunity to rule. Or, more broadly, when the district judge’s order is seen as a ‘clear’ abuse of discretion abdicating judicial functions or involving some issue of judicial administration that appears to have broad significance beyond the particular case”⁴⁷

3. NATUREZA E ESCOPO DO RECURSO DE APELAÇÃO NO SISTEMA NORTE-AMERICANO: COTEJO COM O DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO.

Além da importante regra sobre o momento da apelação consubstanciada na “*final judgment rule*”, outras características do sistema norte-americano podem ser apontadas.

A primeira delas concerne ao objetivo da apelação, na medida em que não se pretende dar oportunidade de revisão a todos os erros judiciais⁴⁸, ou permitir uma rediscussão de todo o mérito em segunda instância. A intenção é, tão somente, averiguar o cumprimento das regras procedimentais e materiais, assegurando que todo o julgamento foi regular. Hazard e Taruffo bem explicam a finalidade subjacente às apelações no sistema norte-americano:

⁴⁷ Cf. FRIEDENTHAL, Jack H., KANE, Mary Kay, MILLER, Arthur R., *op. cit.*, p. 615-617.

⁴⁸ Nesse sentido: “Trials will not be error-free; nevertheless, appellate review will not be available to remedy all the mistakes”, cf. FRIEDENTHAL, Jack H., KANE, Mary Kay, MILLER, Arthur R., *op. cit.*, p. 618.

*“An appeal is considered a separate proceeding whose purpose is to review the regularity of the trial court proceeding. [...] Appellate courts do not wish to ‘retry the case’, and they also recognize that the trial judge is in a better position to evaluate the credibility of witnesses”*⁴⁹

Orientados por essa finalidade, não se concebe o reexame integral de matéria fática nos recursos do sistema norte-americano⁵⁰. Tal característica é flagrantemente diferente do que ocorre no direito brasileiro, pois assim como se passa com as questões de direito, as questões de fato também podem ser revistas no processo civil brasileiro⁵¹.

No que toca às questões de direito, pode-se admitir um amplo espectro de revisão no sistema norte-americano⁵². Sua revisão é, inclusive, uma das atribuições dos tribunais de apelação, assegurando-se que cumprirão sua função de orientar os tribunais inferiores⁵³. Tais questões de direito podem tanto ser processuais, quanto relacionadas ao direito material, assim como ocorre no sistema brasileiro.

Entretanto, tais padrões norte-americanos de revisão podem ser mais restritos quando de um julgamento por júri popular. A motivação dessa tolerância encontra-se não

⁴⁹ Cf. HAZARD Jr., Geoffrey C., TARUFFO, Michele, *op. cit.*, p. 178.

⁵⁰ “The appellate court ordinarily will not reconsider issues of fact determined in the court of first instance”, cf. HAZARD Jr., Geoffrey C., TARUFFO, Michele, *op. cit.*, p. 178. Veja-se também: “The review of fact determination is much more restricted. Since the entire trial cannot be recreated on appeal, more deference is given to the factual determinations made there”, cf. FRIEDENTHAL, Jack H., KANE, Mary Kay, MILLER, Arthur R., *op. cit.*, p. 621.

⁵¹ A respeito do direito brasileiro, destacam-se as duas transcrições a seguir: “Na apelação é possível voltar a discutir todas as questões discutidas em primeiro grau, tanto as de fato, quanto as de direito, renovando-se integralmente o exame da causa”, cf. GRECO FILHO, Vicente, *op. cit.*, p. 295. E, ainda, a precisa lição de Moacyr Amaral Santos: “Transfere-se ao conhecimento do juízo da apelação o conhecimento das questões suscitadas e discutidas no juízo de primeiro grau, quer referentes à matéria de fato ou de direito, sejam estas de natureza substancial, sejam de direito processual”, cf. SANTOS, Moacyr Amaral, *op. cit.*, p. 111.

⁵² Como explica Mary Kay Kane: “The fullest scope of review is for errors of law: appellate courts may decide such questions”, cf. KANE, Mary Kay., *op. cit.*, p. 250. Veja-se também: “The second general principle of appellate review is that the appellate court has complete authority to reconsider questions of law determined in the trial court. This authority extends to matters of procedure as well as to substantive legal issues”, cf. HAZARD Jr., Geoffrey C., TARUFFO, Michele, *op. cit.*, p. 178.

⁵³ “(...) indeed, ruling on questions of law is one of its functions in guiding the lower courts”, cf. FRIEDENTHAL, Jack H., KANE, Mary Kay, MILLER, Arthur R., *op. cit.*, p. 621.

somente no respeito às prerrogativas legais e constitucionais deste órgão⁵⁴, mas também em virtude de toda a proximidade existente entre os jurados e as testemunhas, bem como entre aqueles e todas as nuances do processo⁵⁵.

No caso de julgamento decidido por júri, subsiste a regra 52 (a) FRCP⁵⁶ que só permite que sejam desconstituídas ou desconsideradas aquelas decisões relacionadas aos fatos que estejam eivados de “*clearly erroneous*”. Esse *standard* presume que tais decisões relacionadas aos fatos são corretas, requerendo, assim, que o motivo para sua desconstituição seja relevante o bastante para ensejá-las. Algumas decisões jurisprudenciais ratificaram os padrões expostos de deferência à decisão do júri em razão de sua proximidade com os fatos e as provas e as suas prerrogativas constitucionais e legais⁵⁷.

Em suma, o que pode ser atestado é que, a menos que o juiz tenha decidido alguma questão com base em equívoco sobre questão legal ou sem o suporte probatório adequado, não há razão para se modificar a decisão de primeiro grau de jurisdição.

Ainda relativamente à extensão do exame recursal, deve ser destacada outra característica (semelhante ao direito brasileiro). Tal pertine à impossibilidade do segundo grau de jurisdição receber novas provas, ainda que documentais, tanto no sistema norte-

⁵⁴ “When the trial is by jury rather than a judge, appellate courts give even greater deference to the findings of fact. In most instances this is because of constitutional provisions for jury trial that protect jurors’ determinations of fact from full review except to the extent allowed at common law”, cf. FRIEDENTHAL, Jack H., KANE, Mary Kay, MILLER, Arthur R., *op. cit.*, p. 624.

⁵⁵ “(...) it is beyond the authority of the court to redetermine the jury’s verdict except to the limited extent of considering whether the evidence was sufficient for a rational verdict. There is similar deference to findings of fact by a judge in cases tried without a jury”, cf. HAZARD Jr., Geoffrey C., TARUFFO, Michele, *op. cit.*, p. 178.

⁵⁶ “**Rule 52. Findings by the Court; Judgment on Partial Findings. (a) Effect.** In all actions tried upon the facts without a jury or with an advisory jury, the court shall find the facts specially and state separately its conclusions of law thereon, and judgment shall be entered pursuant to Rule 58; and in granting or refusing interlocutory injunctions the court shall similarly set forth the findings of fact and conclusions of law which constitute the grounds of its action. Requests for findings are not necessary for purposes of review. Findings of fact, whether based on oral or documentary evidence, shall not be set aside unless clearly erroneous, and due regard shall be given to the opportunity of the trial court to judge of the credibility of the witnesses. The findings of a master, to the extent that the court adopts them, shall be considered as the findings of the court. It will be sufficient if the findings of fact and conclusions of law are stated orally and recorded in open court following the close of the evidence or appear in an opinion or memorandum of decision filed by the court. Findings of fact and conclusions of law are unnecessary on decisions of motions under Rule 12 or 56 or any other motion except as provided in subdivision (c) of this rule”.

⁵⁷ Para um estudo minucioso de alguns desses casos jurisprudenciais, cf. FRIEDENTHAL, Jack H., KANE, Mary Kay, MILLER, Arthur R., *op. cit.*, p. 621-625.

americano, quanto no sistema pátrio⁵⁸. No direito brasileiro, a teor do art. 517 do CPC, novas questões de fato só poderão ser objeto de apreciação pelo tribunal de apelação se for o caso de força de maior⁵⁹.

Assim como ocorre no Brasil, a extensão do exame recursal norte-americano também se submete à aplicação do princípio *tantum devolutum quantum appellatum*. Ou seja, o que for apresentado ao tribunal de apelação será examinado, não sendo permitido ultrapassar esses limites⁶⁰. Nota-se que nos EUA, o tribunal não pode conhecer, de ofício, os equívocos do juiz de primeira instância⁶¹.

Todavia, cabe frisar que, ainda que o tribunal de apelação deva cingir-se aos pedidos que lhe foram apresentados por ocasião do recurso, novas teorias legais ou diferentes fundamentações, que não haviam sido apresentadas, poderão ser livremente utilizadas. Os fatos submetidos ao exame recursal serão os mesmos e circunscrever-se-ão

⁵⁸ “The appellate court cannot act as a trial court and receive new evidence concerning the facts”, cf. FRIEDENTHAL, Jack H., KANE, Mary Kay, MILLER, Arthur R., *op. cit.*, p. 619. Ainda: “Except in extraordinary circumstances, the appellate court will not consider any other evidence concerning the proceedings in the first instance-court”, cf. HAZARD Jr., Geoffrey C., TARUFFO, Michele, *op. cit.*, p. 179.

⁵⁹ Como explica Barbosa Moreira: “Vimos que, em princípio, o órgão julgador da apelação fica adstrito, no exame das questões de fato, ao material carreado para os autos no curso do procedimento de primeiro grau, e portanto já colocado à disposição do juízo inferior. Não se faculta às partes suprir, na segunda instância, as deficiências da argumentação fática e da atividade probatória realizada na primeira. Eis porque seria errôneo conceber a apelação, em nosso ordenamento, como um novum iudicium”, cf. Barbosa Moreira, *op. cit.*, p. 455.

⁶⁰ No sentido apresentado: “Only errors presented in the papers filed on appeal will be addressed”, cf. FRIEDENTHAL, Jack H., KANE, Mary Kay, MILLER, Arthur R., *op. cit.*, p. 620. Veja-se também; “The appellate court is required to consider only those issues that the parties submit in their briefs”, cf. HAZARD Jr., Geoffrey C., TARUFFO, Michele, *op. cit.*, p. 179. Quanto ao direito brasileiro, relevante a leitura da concisa e precisa explicação a respeito do princípio mencionado no corpo do texto, feita por Amaral Santos: “Assim, ao juízo da apelação competirá conhecer da matéria impugnada. Consagra o texto legal o brocardo – *tantum devolutum, quantum appellatum*. Quer dizer, que o julgamento do tribunal deverá cingir-se ao que foi objeto da apelação, ao pedido de reexame da matéria impugnada”, cf. SANTOS, Moacyr Amaral, *op. cit.*, p. 111-112.

⁶¹ Quanto a este ponto, vale ressaltar a pequena diferença de abordagem encontrada na doutrina. Hazard e Taruffo afirmam: “(...) it has authority to reverse or modify on the basis of its own analysis of the Record. This authority is often exercised in criminal cases, especially where the defendant appears to have been inadequately represented, but it is rarely exercised in civil cases”, cf. HAZARD Jr., Geoffrey C., TARUFFO, Michele, *op. cit.*, p. 179. Entretanto, Friedenthal, Kane e Miller advertem: “The court does not independently search the record for errors below, but leaves the decision of what needs review to the litigants”, cf. FRIEDENTHAL, Jack H., KANE, Mary Kay, MILLER, Arthur R., *op. cit.*, p. 620.

aos pedidos da peça de interposição do recurso, mas o tribunal tem plena liberdade na fundamentação de sua decisão⁶².

Por fim, relevante salientar interessante questão ligada à sucumbência.

No direito norte-americano, ensinam Friedenthal, Kane e Miller, na obra tantas vezes citada, que: “*Only parties aggrieved or harmed by the judgment can appeal from it. This restriction is designed to avoid needless appeals*”⁶³.

No sistema processual (recursal) brasileiro, a sucumbência já foi encarada (e por alguns ainda o é) como sendo um dos pressupostos para recorrer. Ou seja, o interesse em recorrer seria aferido pela sucumbência⁶⁴.

Sem menosprezar a importância da sucumbência, preferimos nos filiar à corrente que entende mais correto analisar o interesse em recorrer sob a perspectiva da utilidade + necessidade. Ou seja, é preciso que o recurso possa propiciar uma situação (do ponto de vista prático) mais vantajosa ao recorrente (utilidade). E, é preciso que o recurso, utilizado para alcançar tal vantagem, seja o meio necessário⁶⁵.

4. CONCLUSÕES

Não vamos enumerar o que já foi tratado acima. Nossa conclusão será, pois, sucinta.

⁶² No que concerne ao direito brasileiro, baseando-se no amplo espectro de extensão e profundidade dado ao julgador de segundo grau pelo art. 515 do CPC, Greco Filho explica: “Essa limitação, porém, refere-se ao pedido, ao dispositivo da sentença, não à fundamentação. A parte dispõe sobre o objeto da conclusão da sentença, mas não dos fundamentos e argumentos que levaram ou poderiam levar à conclusão”, cf. GRECO FILHO, Vicente, *op. cit.*, p. 296. Já quanto ao direito norte-americano: “(...) it (referindo-se ao tribunal de apelação) can address new theories or legal arguments regarding the law applicable to the facts”, cf. FRIEDENTHAL, Jack H., KANE, Mary Kay, MILLER, Arthur R., *op. cit.*, p. 620.

⁶³ Cf. FRIEDENTHAL, Jack H., KANE, Mary Kay, MILLER, Arthur R., *op. cit.*, p. 619.

⁶⁴ Moacyr Amaral Santos leciona, na esteira do que propugna o art. 499 do CPC que: “Tem interesse em recorrer aquele a quem a decisão, a sentença ou o acórdão causou prejuízo. Este resulta da sucumbência. Onde legitimada para recorrer é a parte vencida”, cf. SANTOS, Moacyr Amaral, *op. cit.*, p. 92. Hodiernamente, veja-se a lição de WAMBIER, Luiz Rodrigues, ALMEIDA, Flávio Correia de, TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**, v.I, 8ª ed., versão atualizada e ampliada, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 538.

⁶⁵ Veja-se, a propósito, a lição de Barbosa Moreira: “Deve aferir-se ao ângulo prático a ocorrência da utilidade, isto é, a relevância do proveito ou vantagem cuja possibilidade configura o interesse em recorrer”, cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa, *op. cit.*, p. 300.

Sendo assim, podemos dizer que o trabalho procurou resumir as principais características do recurso de apelação no sistema norte-americano. Entretanto, não nos limitamos à mera descrição, na medida em que buscamos cotejar o recurso em questão com o ordenamento brasileiro.

O estudo do processo civil norte-americano propicia uma série de debates, gerando eventuais sugestões a serem consideradas no sistema processual pátrio⁶⁶. Sem dúvida alguma, o pragmatismo, bastante presente, em muito contribui para um processo de resultado e que resolva (ou tente resolver) a lide.

O recurso abordado (apelação) possui espectro bem menos abrangente que o nosso. E, sua interposição fica condicionada, via de regra, à derrota definitiva no litígio. Isso parece contribuir com uma prestação jurisdicional mais célere.

Outro ponto bastante interessante, pertine ao maior peso dado às decisões de 1º grau. Quanto a isso, há argumentos importantes para os dois lados. Com efeito, de modo bastante simples (e resumido): se é certo que o juiz de 1º grau está “mais perto da causa”, também é certo que seu grau de imersão pode comprometer sua imparcialidade. Em nosso país, não sei se seria possível tal atribuição, mormente quando se tem uma Justiça de 1º grau imersa em processos e sem tempo hábil para examinar, adequadamente, as demandas ofertadas.

Enfim, ratificamos a singela intenção do trabalho, qual seja, fomentar o debate a partir do estudo de alguns aspectos do recurso de apelação nos sistemas americano e brasileiro.

5. BIBLIOGRAFIA

1) BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre alguns aspectos do processo (civil e penal) nos países anglo-saxônicos, In: **Temas de Direito Processual**. 7. Série, São Paulo: Saraiva, 2001.

⁶⁶ É possível citar como exemplo o artigo 421, § 2º, do CPC, que, ainda que não seja de nossa tradição, inseriu a inquirição oral dos peritos (clara influência do direito norte-americano).

- 2) BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao Código de Processo Civil**, vol. V, 10º ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- 3) FRIEDENTHAL, Jack H., KANE, Mary Kay, MILLER, Arthur R.. **Civil procedure**, 3rd ed., St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1999.
- 4) GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**, volume I, Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- 5) GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**, 16ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003.
- 6) HAZARD Jr., Geoffrey C., TARUFFO, Michele. **American civil procedure: an introduction**, New Haven: Yale University Press, 1993.
- 7) KANE, Mary Kay. **Civil procedure: in a nutshell**, 4th ed., St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1996.
- 8) SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**, vol. III, 21ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003.
- 9) WAMBIER, Luiz Rodrigues, ALMEIDA, Flávio Correia de, TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**, v.I, 8ª ed., versão atualizada e ampliada, São Paulo: Revista dos Tribunais.

LA MEDIACIÓN: UNA PANORÁMICA DE SUS FUNDAMENTOS TEÓRICOS

THE MEDIATION. AN OVERVIEW ABOUT IS THEORICAL BASIS

Helena Nadal Sanchez
*Profesora de Mediación en el Curso de
Especialista en Mediación Familiar de la Universidad
de Burgos. Profesora de Secundaria de Filosofía.
Mediadora. Autora y coordinadora del programa de
Mediación Escolar para Institutos de Secundaria
“Escuela de Ciudadanía” de Valladolid.*

Resumen: Se sitúa el presente trabajo dentro del campo de estudio de la Mediación. Con él se pretende profundizar en los fundamentos teóricos de una disciplina ya institucionalizada y dotada de sentido y autonomía propios. La metodología adoptada para tal fin parte de la correspondencia que se revela en los *Modelos teóricos de mediación* entre el concepto de “orden social” y el concepto de “orden como resolución del conflicto”. Avala la elección de dicha metodología la creencia en el hecho de que esta correspondencia es crucial a la hora de comprender la magnitud de las implicaciones de la práctica mediadora. De aquí que su análisis se constituya como la cuestión central en este discurso. Finalmente completa lo expuesto la reflexión sobre la utilidad e interés que esta nueva forma autocompositiva de resolución de conflictos pueda tener para nuestras sociedades.

Palabras clave: *Mediación, conflicto, orden, modelo teórico, implicaciones.*

ABSTRACT: This is an in-depth study within the area of Mediation researching the theoretical basis of an already institutionalized and autonomous practice. The methodology of this essay is based on the relationship between the concept of “social order” and that of “order as dispute resolution”. This connection can also be analyzed in the Theoretical

Methods of Mediation. The choice of this methodology is supported by the belief in the fact that this relationship is crucial to understanding the magnitude of the implications of Mediation. Our conclusion considers the benefits and downfalls of Mediation to settle conflicts in our societies.

Key words: *Mediation, dispute, order, theoretical method, implications.*

A Nuria Belloso Martín

La Mediación como práctica profesional está consolidada en un gran número de países. La formación de los mediadores se encuentra ya regulada y se caracteriza por ser cada vez más completa y especializada. La bibliografía ofrecida en este campo crece cuantitativa y cualitativamente día a día.

Sin embargo, dentro de la producción intelectual se echan de menos estudios específicos sobre teoría de la Mediación, máxime cuando esta disciplina se ha constituido sobre las bases de disciplinas como la Filosofía del Derecho, la Ética, la Filosofía, la Psicología, la Antropología y la Sociología. Resulta evidente pues, que tras esta práctica en la que “todo es práctica” laten fundamentos teóricos de gran calado que determinan la Mediación como disciplina y que determinan también la metodología de los propios mediadores. Es por ello que el presente trabajo analiza cómo gestiona los conflictos esta práctica en función de sus bases teóricas.

El concepto de “mediación” ha sido definido por diversos autores y por tanto es difícil acotarlo en una definición que incluya todos los matices y perspectivas que ellos han aportado. Sin embargo sí es posible identificar ciertas características que suelen incluirse en la totalidad de los casos, a saber: que la mediación es un sistema de resolución de conflictos y que en él son los implicados quienes se dan sus propias soluciones ayudados por un mediador. Además se suele añadir que el mediador es un tercero imparcial, debidamente cualificado, que sienta las bases para que las partes enfrentadas encuentren soluciones verdaderamente consensuadas y que lo hagan bajo la perspectiva del “todos ganan” y que su tarea consiste fundamentalmente en conseguir dos objetivos esenciales: por una parte, sustituir la idea de que el conflicto es algo destructivo por la idea de que puede ser un

proceso constructivo e incluso positivo¹ y por otra, restablecer la comunicación ya que es la única vía de solución del problema y a la vez el elemento que más se deteriora en un conflicto.

Puesto que en la Mediación son las propias partes o participantes quienes eligen sus soluciones y formulan sus propios acuerdos se enmarca dentro de la llamada *vía autocompositiva* de resolución de conflictos.

Las diversas formas de resolución de conflictos se clasifican² en dos *vías* atendiendo a quien decida la solución al problema.

La *vía autocompositiva* se caracteriza porque son las propias partes (auxiliadas o no, por un tercero) quienes protagonizan el acuerdo. También se denomina *no adversarial* porque en ella las partes no compiten y se busca que todos los implicados ganen. Componen esta vía la Negociación, la Conciliación y la Mediación.

La *vía heterocompositiva* se caracteriza porque un tercero da la solución a las partes. También se denomina *adversarial* porque en ella las partes compiten y por tanto siempre hay un ganador y un perdedor. A ella pertenecen el Arbitraje y el Juicio.

Siguiendo a Nuria Belloso, tanto las formas heterocompositivas como las autocompositivas presentan unas ventajas y unos inconvenientes. Se trata de saber extraer el mejor aprovechamiento de cada una de ellas atendiendo a diversas variables, tales como el conflicto que se trate, el procedimiento de gestión del mismo y la autonomía y capacidad

¹ De los elementos que definen la idea negativa del conflicto el mediador suele tener en cuenta los siguientes: el conflicto es percibido por las partes como un error, una equivocación de consecuencias siempre destructivas y que en consecuencia hay que evitar a toda costa; se confunde a la persona con la que se tiene el conflicto con el problema que lo provoca y se dirigen los ataques hacia ella; no existe comunicación directa con la otra persona en disputa, a ella se le imputa la responsabilidad de lo sucedido y cada parte se mantiene en sus posiciones; se parte de la base de que la opinión propia siempre es la correcta; se busca una solución rápida a pesar de que pueda no ser la adecuada, se trata de salir de la situación incómoda; el sentimiento predominante entre las partes es la desconfianza; como consecuencia se produce una situación de estancamiento que dificulta la toma de acuerdos. El mediador trabaja a partir de los elementos mencionados para sustituirlos por otros que hagan posible una percepción positiva del conflicto: se entiende que el conflicto es inevitable entre seres humanos que conviven y que es una oportunidad para cambios que reviertan en una mejoría futura; se aísla a la persona del problema que provoca el conflicto y con ello se trata la cuestión de forma respetuosa; existe una puesta en común de los intereses y necesidades de las personas en disputa a pesar de la dificultad que esto pueda conllevar; se admite que la otra parte cuestione las propias opiniones y la propia responsabilidad en lo sucedido; antes de llegar a los acuerdos se analiza el problema para encontrar las soluciones más adecuadas; las partes van generando un sentimiento de confianza; en consecuencia, se produce un clima que facilita el encuentro de soluciones y la formulación de buenos acuerdos.

² Cfr. Belloso Martín, N. (2006): “Sistemas de resolución de conflictos: formas heterocompositivas y autocompositivas”. En N. Belloso Martín (Coord.), *Estudios sobre mediación: la ley de mediación familiar en Castilla y León*. Junta de Castilla y León: Indipress, p.54-55.

de las partes para gestionar su propio conflicto³. Dichas variables intervinientes en las diferentes formas de resolución de conflictos se exponen en la siguiente caracterización⁴:

En el Juicio, el poder del juez (que representa al Estado) es absoluto y su decisión es obligatoria y vinculante. Dicha decisión se determina una vez escuchadas a las partes. Es el sistema que se suele tener más presente y eclipsa al resto. El Juicio es un proceso no voluntario, público y en él no se elige al juez (quien además no siempre es un experto en el tema).

En el Arbitraje se da una negociación entre las partes, pero que queda resumida en el “laudo” que dicta el árbitro como solución del conflicto. Este laudo arbitral puede ser de obligado cumplimiento o servir de recomendación para las partes. El Arbitraje es un proceso voluntario, privado y donde no se elige al árbitro (quien necesariamente ha de tener conocimientos sobre el tema).

La Conciliación es, de los sistemas de resolución de conflictos de la vía *autocompositiva*, el que dota de mayor poder al tercero, ya que como suele estar vinculado al Derecho, el tercero interviene respaldado por la norma. La Conciliación puede ser de carácter *extrajudicial* si se lleva a cabo fuera de un juicio y el acuerdo al que se llega tiene un carácter transaccional y *judicial* cuando el acuerdo al que llegan las partes se ve legitimado por el juez y en ese caso el acuerdo adopta el carácter de sentencia. Tanto en un caso como en otro la actuación en la negociación del tercero es prácticamente pasiva pero su poder es decisivo por cuanto vela para que los acuerdos no incumplan la legalidad.

En la Mediación, el “poder” del tercero consiste en actuar como catalizador del acuerdo desde un papel más activo que el del conciliador. Se suele considerar una extensión de la Negociación. Su ámbito de aplicación es muy amplio. Son ejemplos de problemas que se pueden resolver a través esta vía: los acuerdos en materia de herencias, divorcios, las disputas en empresas familiares, en centros educativos (tanto entre el profesorado como entre el alumnado), en instituciones penitenciarias, entre la población inmigrante y la autóctona de un país, etc.

³ Cfr. Belloso Martín, N. (2006): “Sistemas de resolución de conflictos: formas heterocompositivas y autocompositivas”. En Belloso Martín N. (Coord.), *Estudios sobre mediación: la ley de mediación familiar en Castilla y León*. Junta de Castilla y León: Indipress, p.51.

⁴ Cfr. Belloso Martín, N. (2006): “Sistemas de resolución de conflictos: formas heterocompositivas y autocompositivas”. En N. Belloso Martín (Coord.), *Estudios sobre mediación: la ley de mediación familiar en Castilla y León*. Junta de Castilla y León: Indipress, p.58-73.

Finalmente en la negociación sólo intervienen los implicados (a veces representados por abogados). Se trata de un proceso de interacción entre dos o más partes que tiene como fin llegar a un acuerdo satisfactorio para todos. Se puede negociar desde dos premisas: si se busca el máximo beneficio posible para cada parte renunciando a lo secundario se trata de una *negociación competitiva* y si se buscan los intereses comunes como base de la toma de acuerdos, entonces se trata de una *negociación cooperativa*.

Una vez definida la Mediación y situada en el conjunto de las formas de resolución de conflictos, el siguiente paso en este camino hacia su fundamentación teórica consiste en analizar cómo entiende esta disciplina el propio concepto de “conflicto”⁵.

Desde la Mediación se suele considerar que todo conflicto o disputa es el resultado del intento continuado y frustrado de instaurar un nuevo orden por parte de quienes perciben que sus objetivos son incompatibles entre sí. Esta idea de instauración de un nuevo orden es primordial para comprender la práctica mediadora, ya que el objetivo último de ésta consiste precisamente en canalizar la energía que las partes emplean en este intento esta vez en una dirección adecuada que les permita la consecución de buenos acuerdos y el nuevo orden deseado.

El adjetivo “deseado” aplicado al concepto de “orden” no es exagerado, ya que el orden es el ámbito de la paz; es la condición necesaria, aunque no suficiente para que exista la libertad, el bienestar y la seguridad. La búsqueda de orden es inherente a toda proyección intelectual: la política, la ética, la ciencia, el arte, las representaciones míticas y religiosas. Todas ellas buscan encontrar o construir el orden dentro del caos⁶. En el seno de una relación ordenada el ser humano puede desarrollarse como individuo, proyectando su

⁵ Evidentemente del modo como se concibe el conflicto como hecho, derivan las diferentes formas de gestionarlo. Para una perspectiva amplia sobre el concepto de “conflicto”, que incluya también aspectos antropológicos del mismo *vide* Mundate Jaca, L. y Medina Díaz, F. J. (2005): *Gestión del conflicto, negociación y mediación*. Madrid: Pirámide.

⁶ Hasta tal punto es así que en los mitos y cosmogonías, pero también en las hipótesis cosmológicas de la ciencia contemporánea, el origen del mundo siempre era pensado como el paso del caos originario al desorden, de las tinieblas a la luz, de la indeterminación de la nada a la determinación del ser. Y cuando los hombres comenzaron a pensar el origen de sus ciudades, siempre recurrieron a una representación en la que un héroe o un legislador, un Aquiles o un Ulises, o un Licurgo o un Solón, creaban la ciudad al poner el orden, al imponer la autoridad o el derecho. Más tarde, cuando los modernos tuvieron que imaginarse un origen digno de sus comunidades políticas, reinventaron un estado de naturaleza que remite a la anarquía y un contrato constituyente que pone el orden civil. En todos los procesos de representación parece mantenerse la misma regla: lo otro del universo o de la sociedad es el caos y la anarquía, nombres del mal”. (Bermudo, J. M. (2001): *Filosofía política*. Barcelona: Ediciones del Serbal, vol.II, p.12).

personalidad, sus deseos, su modo de vida, construir su intimidad; pero precisamente porque es un ámbito de libertad, también cada individuo es libre de constituir su propio orden, su propio microcosmos en el que estructura sus relaciones y fija las normas.

El conflicto afecta al orden habitual de una relación o una comunidad. Cuando los objetivos de dos o más personas son incompatibles entre sí, lo único que está ocurriendo es que el código normativo que comparten es insuficiente para regular la satisfacción de ambos objetivos. Urge entonces renovar o modificar ciertas normas con el fin de volver a una “situación ordenada”.

El orden en fin, es condición imprescindible para constituir una sociedad, desde la más simple a la más compleja y en consecuencia cada agrupación humana crea mecanismos de pacificación en favor de una convivencia ordenada y armónica. Conocemos o al menos nos resultan familiares los propios de nuestras sociedades, sin embargo existe una gran variedad de mecanismos de pacificación dentro de la complejidad cultural de nuestra especie e igualmente interesantes. W. Ury, desde su doble perspectiva de antropólogo y mediador los analiza en su obra *Alcanzar la paz*⁷ y los concreta por ejemplo, en sociedades tan distantes geográficamente como la de los bosquimanos del desierto de Kalahari y los semai de la selva pluvial malaya.

Por lo que respecta a los primeros, es decir: los bosquimanos, Ury explica que cuando aparece un problema serio, todos se sientan, hombres y mujeres por igual y hablan, hablan... y hablan. Todos tienen la oportunidad de decir lo que piensan. Este proceso abierto e inclusivo puede llevar días, hasta que la disputa literalmente se agota hablando. Los miembros de la comunidad trabajan duro para descubrir qué reglas sociales se quebraron como para generar tal discordia, y qué hay que hacer para restaurar la armonía social. Este proceso de discusión se llama *kgotla*. A medida que avanza la conversación grupal, gradualmente va cristalizándose un consenso sobre una solución apropiada. Si alguna vez surge un estallido de cólera y hay una amenaza de violencia, la comunidad responde con rapidez. Algunos reúnen todas las flechas envenenadas⁸, para ocultarlas lejos,

⁷ Ury, W. L. (2005): *Alcanzar la paz. Resolución de conflictos y mediación en la familia, el trabajo y el mundo*. Barcelona: Paidós.

⁸ Previamente Ury ha destacado el hecho de que los bosquimanos son perfectamente capaces de violencia (cada hombre posee flechas impregnadas en un veneno mortal para los seres humanos), pero saben controlar muy bien los conflictos peligrosos. (Cfr. *op. cit.*, p. 32).

en la maleza. Otros miembros del grupo tratan de separar a los antagonistas. Y se comienza a hablar.

Por lo que respecta a los segundos, William L. Ury advierte que los semai tienen la reputación de ser tal vez la cultura más pacífica de la Tierra y que aún así también hacen un amplio uso de la comunidad en la resolución de sus disputas. Cuando surge un conflicto, tratan celosamente de no tomar partido, incluso cuando (sobre todo cuando) hay parientes cercanos o amigos involucrados. Lo apropiado es animar al pariente a que resuelva su disputa. Igual que los bosquimanos, los semai tienen largas conversaciones comunitarias, denominadas *bcaraa*⁹.

Si se observan ambos ejemplos no es difícil concluir que en estas sociedades los conflictos se solucionan con la intervención y la ayuda de la comunidad. Y es que en ellas permanece lo que en las nuestras ha sido olvidado: “que todo conflicto tiene, en realidad, tres lados”¹⁰; es decir que se produce dentro de una comunidad y que ésta constituye el Tercer lado de la disputa¹¹.

El llamado por Ury “Tercer lado” ha sido despreciado y olvidado en nuestras sociedades complejas; sin embargo, es fundamental recuperar la introducción de un tercero que facilite el paso desde el enfrentamiento a la cooperación. La cooperación es fundamental a la hora de recuperar la armonía. Es la actitud idónea para encontrar soluciones a la disputa y restaurar la situación de orden.

Pero además de todo lo expuesto, el orden es fundamental en una relación porque fundamenta la estructura¹² que la define. Dicha estructura puede ser entendida de muy diversas maneras; cada una de ellas da lugar a una forma de entender la relación personal¹³. A nivel privado, estructuran asociaciones como la familia, la comunidad educativa, laboral o la vecinal y por tanto generan lo que se podría denominar como *micro-relaciones*, y en un nivel superior estructuran nuestras sociedades y generan *macro-relaciones*. En el presente artículo se trata en definitiva, de hacer patente el hecho de que las micro-relaciones

⁹ Cfr. Ury, W. L., *op. cit.*, p.33.

¹⁰ Ury, W. L., *op. cit.*, p.34.

¹¹ *Ibidem*.

¹² Para la ampliación del concepto de estructura *vide* Lévi-Strauss, C. (1973): *Antropología estructural*. Buenos Aires: Eudeba

¹³ En relación a la formación de conjuntos institucionales y culturales *vide* Mir. L. (1975): *Introducción a la antropología social*. Madrid: Alianza Universidad.

comparten parámetros estructurales con las macro-relaciones al menos a la hora de entender el conflicto, sub prevención y su resolución y por tanto, que, como se irá viendo este es un hecho relevante tanto para la constitución como para la aplicación de los modelos teóricos de mediación.

La mediación acude en definitiva a la necesidad de establecimiento de un nuevo orden, lo cual no implica una nueva estructura. Más bien al contrario, la idea es que la afiance, modificando el código normativo que regule demandas antes no atendidas. Se trata en definitiva de que el conflicto no represente una amenaza para una empresa, una familia, una relación amistosa, etc. sino que sea una oportunidad de crecimiento y fortalecimiento de estas estructuras. Son pocos los tipo de casos en los que se reconoce que una estructura ha dejado de tener validez y que por tanto, el nuevo orden ha de crearse en función de construir una estructura nueva; el paradigma son las rupturas de pareja o matrimoniales, relaciones éstas estructuradas a partir de una base emocional susceptible de desaparecer y que cuando esto ocurre se produce una invalidación tanto de la estructura como del orden y entonces la tarea del mediador se circunscribe a ayudar a constituir un nuevo orden al margen de la estructura anterior.

La generación de un nuevo código normativo entre quienes se hallen en disputa es tarea de los propios involucrados desde la perspectiva de la mediación. Tarea no sólo posible sino deseable porque se parte de la base de que cada individuo posee capacidad legisladora y regulativa y en ese sentido lo adecuado es que la utilice en la gestión y resolución de sus propios conflictos¹⁴. Puesto que todos estamos dotados de recursos para

¹⁴ Como apuntan R. A. Baruch y R. A, concierne aquí poner de manifiesto la perspectiva o Historia de la opresión que define la mediación como una forma de pseudonegociación, por acentuar la desventaja de los participantes más débiles y acentuar también la ventaja de los que están en mejores condiciones. Esta *historia* en coincidencia con la *historia de la justicia social*, busca la máxima igualdad entre individuos, pero ve en la mediación una fuente de desigualdades; la razón estriba en que la considera una práctica que permite que la parte más favorecida ejerza presión y manipule a la menos favorecida de una forma no explícita. Como ya se ha apuntado, esta idea es radicalmente opuesta a la afirmación de la *historia de la justicia social* según la cual precisamente la mediación reduce los desequilibrios de poder. Nos encontramos con una perspectiva contraria a la mediación basada más en los valores de la justicia redistributiva que considera que los beneficios y las cargas materiales de una sociedad han de estar repartidos entre sus miembros, que en los valores del bienestar individual. Ésta ha sido defendida por teóricos como Richard Abel o Christine Harrington, así como por representantes de minorías como Richard Delgado y del movimiento feminista como Martha Finemann, que confían más en que la vía jurídica regule el ámbito de lo privado por considerarla el camino imparcial y objetivo y apelan a ella en la resolución de conflictos. Las afirmaciones más representativas de esta *historia* según Baruch y Folger son: Incluso si el movimiento comenzó con las mejores intenciones, la mediación ha resultado ser un peligroso instrumento para aumentar el poder de los fuertes que se aprovechan de los débiles.

llegar a *buenos acuerdos*¹⁵ el mediador se constituye como el canal a través del cual se facilita que esto pueda llevarse a cabo. El modo cómo encauce la negociación estará condicionado por el modelo teórico de mediación que éste elija.

Existe un extenso abanico de modelos¹⁶ teóricos de mediación y cada uno pone a disposición de la práctica mediadora una serie de *estrategias, técnicas y tácticas* propias que están diseñadas para ayudar al mediador a guiar la negociación. Las estrategias hacen referencia a las orientaciones básicas que están presentes a lo largo de todo el proceso de mediación. Las técnicas son las herramientas específicas de las que dispone el mediador para modular el diálogo entre las partes. Finalmente las tácticas agrupan a las acciones dirigidas a resolver situaciones problemáticas generadas durante el proceso. Pero además de estos recursos y podría decirse que por encima de ellos, cada modelo teórico de mediación ofrece un modo particular y coherente de cómo se entiende la relación, el conflicto y la negociación¹⁷, o lo que es lo mismo: de cómo se entiende el concepto de “orden”.

Este modo de entender el concepto de orden que es propio de cada modelo teórico se halla en correspondencia isomórfica con los principales modos de ordenar una sociedad

A causa del informalismo y la consensualidad del proceso, y por lo tanto a causa de la ausencia de normas procesales y sustanciales, la mediación puede agravar los desequilibrios de poder y abrir la puerta a la coerción y manipulación que practica la parte más fuerte. La postura de la “neutralidad” disculpa al mediador que no impide esto [la situación de desequilibrio de poder]. Comparada con los procesos judiciales de carácter formal, la mediación a menudo ha producido resultados injustos, desproporcionada e inexcusablemente favorables a las partes más fuertes. A causa de su índole íntima e informal, la mediación ofrece a quienes la ejercen un gran poder estratégico que les permite controlar la discusión, lo cual a su vez permite que los mediadores manifiesten libremente sus propias tendencias. Estas tendencias pueden afectar la estructuración y la selección de las cuestiones, la consideración y la calificación de las alternativas de arreglo, y muchos otros elementos que influyen sobre los resultados. Como la mediación trata las disputas sin referirse a otros casos similares y sin alusión al interés público, desemboca en la “des-agregación” y la privatización de los problemas que interesan al público. Es decir, el movimiento mediador ha ayudado a los fuertes a “dividir y conquistar”. Las partes más débiles se ven impedidas de hacer causa común y se ignora y se debilita el interés público. En resumen, el efecto general del movimiento ha sido neutralizar las conquistas obtenidas en la esfera de la justicia social por los movimientos en favor de los derechos civiles, las mujeres y el consumidor - entre otros- y ayudar a restablecer la posición privilegiada de las clases más débiles, y a perpetuar la opresión de los más débiles. (Cfr. Baruch Bush R. A. Folger y J. P. Folger (1996): *La promesa de la mediación*. Argentina: Granica, p. 50-53).

¹⁵ Llegar a *buenos acuerdos* no es más que construir un nuevo orden que encuadre la futura convivencia respetuosa de las personas en conflicto, independientemente de que éstas continúen en la relación o estructura que las vinculó.

¹⁶ También llamados “enfoques”, “propuestas” o “estilos”.

¹⁷ Con esto último resulta evidente se está tocando la delicada cuestión sobre el modo y grado de intervención del mediador, cuestión presente tanto en los propios cursos de formación como ya en el ejercicio de la práctica y que ha provocado un debate tanto en el seno mismo de la propia Mediación como en el ámbito interdisciplinar habitualmente formado por la Psicología y el Derecho en relación al surgimiento de esta nueva praxis que, sólo en apariencia, puede “invadir” sus campos de acción.

que se han dado a lo largo de la historia de nuestra cultura occidental: el modo clásico, el moderno y el postmoderno. En palabras de José Manuel Bermudo, el modo clásico sería la *polis* o ciudad cerrada; el moderno sería la ciudad burguesa o sociedad abierta, cuya forma política tópica es el estado liberal representativo; en fin, el postmoderno, aún inconcreto y en formación, sería la ciudad post capitalista, de contenidos y perfiles efímeros e indeterminados, con su forma política de democracia de opinión¹⁸.

Partiendo pues del hecho de que cada modelo teórico hereda una concepción de orden propia de una sociedad se sigue que también hereda el modo de entender las relaciones entre los miembros de esa sociedad y las formas de afrontar los conflictos para restaurar la armonía social. Esta circunstancia es o al menos debería ser decisiva en la praxis de la mediación. El que las partes formulen sus propios acuerdos no coloca al mediador en un papel meramente testimonial. No debe confundirse la intervención en la toma de soluciones con la intervención en el proceso de negociación para que este discurra por cauces concretos. Si lo primero excede las funciones del mediador, lo segundo se corresponde exactamente con ellas y la tan debatida cuestión sobre cómo se interviene en un proceso de mediación podría quedar respondida señalando a los modelos teóricos como la guía legítima para hacerlo. Guía legítima porque cada modelo es una estructura coherente de elementos específicos concebidos para el afrontamiento y la gestión de conflictos y está dotado de sentido por sí mismo.

La correspondencia isomórfica antes señalada entre modelo teórico y modo de ordenar una sociedad de la que es objeto este trabajo se analizará exclusivamente en los tres modelos sobresalientes del campo de la mediación: el modelo Harvard, el modelo transformativo y finalmente el modelo circular-narrativo. Estos enfoques, además de constituir el eje metodológico sobre el que se estructura la mediación constituyen los casos prototípicos de la justificación de dicha correspondencia. A tal efecto y para su estudio se tomará como referencia la serie de elementos comunes a todos ellos en los cuales es posible rastrear la simetría entre los dos conceptos de orden que hasta ahora se vienen manejando, a saber: el factor de cohesión, el concepto del conflicto, la vía de negociación y los objetivos de dicho enfoque.

¹⁸ Vid. Bermudo, J. M., *op. cit.* vol.II, p.20.

Por factor de cohesión se entiende el principio básico sobre el cual se construye y ordena una relación interpersonal independientemente de que ésta sea familiar, laboral, comunitaria o de otra índole y en líneas generales puede tener un sentido individualista, comunitario o significativo.

El concepto de conflicto se define en relación al factor de cohesión, de modo tal que cuando el segundo tiene un sentido individualista el primero se entiende como un obstáculo para la consecución de tales fines, cuando el segundo tiene un sentido comunitario se entiende como una oportunidad para transformar a las personas en favor de un bien común y finalmente, cuando el factor de cohesión tiene un sentido significativo el conflicto se entiende como el escenario donde confluyen narraciones contrapuestas acerca de un mismo suceso.

La vía de negociación constituye el cauce a través del cual se formula un nuevo orden y en consonancia se rige por el factor de cohesión propio de cada modelo.

Los objetivos hacen referencia a los hitos que permiten afirmar que la negociación ha terminado de forma exitosa. Aunque pueda parecer contradictorio, el concepto de “éxito” difiere de unos modelos a otros, mientras que para unos se alcanza con el acuerdo, para otros es suficiente con generar un clima de comunicación entre los participantes tal que les permita solucionar la disputa más adelante sin la intervención de un tercero.

Por orden cronológico, el primero de los modelos objeto de estudio es el *modelo de solución de problemas* (Burgess y Burgess, 1997) representado por Roger Fisher, William L. Ury y Bruce Patton. También es llamado *modelo directivo* (Bush y Folger, 1996) o *tradicional lineal* (Suares, 1997) o *mediación orientada por el acuerdo* (Parkinson, 2005) o *modelo Harvard* (Soletto y Otero, 2007).

Nació como un proyecto de la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard (*Harvard Negotiation Project*) y fue creado inicialmente para la negociación bilateral en los ámbitos de la Economía y el Derecho¹⁹, a diferencia de los enfoques transformativo y circular-narrativo que están destinados propiamente a la mediación; pero a pesar de ello, las

¹⁹ Cfr. Soletto Muñoz, H. y Otero PARGA, M. (Coord.), (2007): *Mediación y solución de conflictos*. Madrid, Tecnos, p.159.

ideas y el proyecto²⁰ del grupo de Harvard en relación con las disputas y con la negociación han influido decisivamente en las prácticas de los mediadores.

A mediados de la década de los setenta Roger Fisher -profesor en la Facultad de Derecho de Harvard- inició a William Ury en el campo de la negociación. Pocos años después (en 1981) ambos expertos, con la colaboración de Bruce Patton, publicaron *Getting to Yes* (traducido al castellano con el título de *Obtenga el Sí*). Diez años más tarde, Ury publicó *Getting Past No* (publicado en castellano como *Supere el No*), dedicándole el libro a Fisher. Ury es consultor y profesor de negociación en la Facultad de Derecho de Harvard, cofundador y director asociado del Programa de Negociación en la Facultad de Derecho de Harvard. Patton es el director adjunto del Proyecto Harvard de Negociación. Se trata de un equipo que está familiarizado con el manejo continuo de diferentes niveles de negociación, desde los nacionales hasta los internacionales

Dentro de las perspectivas que componen el llamado “Movimiento contemporáneo de mediación” (EEUU, décadas de 1970 y 1980) supone la concreción de la que se conoce como Historia de la satisfacción. Esta perspectiva responde a una concepción *individualista*. Ve la mediación como un modo de solucionar disputas que tiene como fin principal llegar a acuerdos que satisfagan en la mayor medida posible a todos los individuos implicados. Se asienta sobre los valores de respeto absoluto por el individuo y la concepción del conflicto como un problema que entorpece el desarrollo y la felicidad individuales²¹.

El factor de cohesión según este modelo es el *pacto*, el *contrato* entre iguales y por tanto tiene un sentido individualista, en consonancia con la historia de la satisfacción de la cual deriva. En sus objetivos da prioridad al acuerdo, por entender que el conflicto constituye el obstáculo para la “satisfacción de los intereses y necesidades de dos partes que están en discordia por la realización de su derecho”²².

Su vía de negociación busca “la colaboración entre las partes en discordia, de manera que en el proceso no resulten vencedores ni vencidos, sino que cada parte pueda

²⁰ Cfr. Giménez Romero, C., “Modelos de mediación y su aplicación en mediación intercultural” en Revista *Migraciones*, diciembre 2001, Universidad Pontificia de Comillas

²¹ Cfr. Baruch Bush, R. A. y Folger, J.P. (1994): *La promesa de la mediación*. Argentina: Granica, p.40-43.

²² Soletto Muñoz, H. y Otero Parga, M., (Coord.): *op. cit.*, p.159.

obtener una porción de su pretensión inicial, y por tanto, se sienta satisfecha en alguna medida, con el acuerdo alcanzado”²³.

Cuando un mediador guía el proceso de negociación a partir de estos presupuestos inevitablemente parte considera que la toma de soluciones debe estar encaminada a que las partes constituyan el nuevo orden bajo los parámetros estructurales de la “sociedad abierta”, es decir, hacia una asociación que basa la relación de sus integrantes en función del intercambio, en la cual los vínculos no son religiosos ni afectivos sino que se conciben como asociaciones flexibles y móviles que se asumen de forma voluntaria. Late bajo esta idea el sustrato del liberalismo según el cual todo lo que impida o frene la libertad individual debe ser suprimido, ya que la libertad es la condición natural del hombre.

La “sociedad abierta” o simplemente “sociedad” aparece como resultado de las teorías contractualistas de los siglos XVII y XVIII. Se fundamenta, no en función de una identidad natural y por tanto eterna, sino en función de una construcción artificial útil para la convivencia. Es dinámica, se entiende como un orden abierto y la justicia en ella se concibe como el hecho de dotar a los individuos de igual dignidad. Es por ende, individualista.

El enfoque Harvard descende directamente del ámbito del derecho, lo cual hace que conserve ciertos planteamientos jurídicos como la rehabilitación de la idea de justicia entendida en el sentido ilustrado del orden que trae el máximo bienestar individual. Este sentido práctico de la idea de justicia lo hereda de las concepciones éticas del utilitarismo incipiente del XVIII, por eso no ahonda en la raíz del problema, en ese punto que pone en relación la esencia del conflicto y la relación entre las personas; busca únicamente llegar a aquellos acuerdos útiles para la mayor felicidad de las personas en conflicto. Este modelo define por tanto, la idealidad de las relaciones basándose en el concepto de *libertad negativa*²⁴.

²³ Cfr. Soletto Muñoz, H. y Otero Parga, M., (Coord.), *op. cit.*, p.159.

²⁴ “La libertad negativa es, en el fondo, la reivindicación de un espacio propio, privado, reservado frente a la acción política. Es la reivindicación de una vida privada, de la individualidad, frente al poder del estado. Locke, Burke, Paine, Jefferson, Tocqueville... la reivindicaron como inviolable. En general, se reivindicaba en nombre de unos derechos individuales que el poder político debía respetar y proteger (...). Hay, como hemos visto, una forma diferente de reivindicar la libertad individual, ejemplificada en el ensayo *Sobre la libertad*, de J. Stuart Mill. Mill pensaba que la civilización no avanzaría a menos que los hombres pudieran vivir como quisieran, comunicándose libremente sus ideas, desarrollando con espontaneidad su genio; es decir, Mill

Desde esta perspectiva, la vía para llegar a la resolución del conflicto comienza por la atención a los *intereses* de las personas para separarlas del problema²⁵ y continúa con la creación de opciones de mutuo beneficio.

El modelo Harvard propone la negociación sobre los intereses que habitualmente se encuentran encubiertos bajo las *posiciones*²⁶ porque estas últimas constituyen posturas rígidas y a menudo irracionales que impiden la negociación. Es tarea del mediador descubrir los intereses mutuos, sin que los participantes pierdan su poder de decisión, lo cual ayudará definitivamente a la consecución de buenos acuerdos.

Puesto que lo que se persigue con este tipo de actuación es concentrarse en los aspectos comunes, pasan a un primer plano los aspectos objetivos del conflicto y quedan en un lugar secundario los aspectos subjetivos, como las emociones y las interpretaciones, en definitiva: el contexto del conflicto. Se busca, ante todo, un análisis pragmático y externo del conflicto, con el fin de acelerar su resolución. Puesto que este enfoque tiene su razón de ser en las técnicas de negociación, suele obviar el componente interrelacional, es decir, el sustrato emotivo que subyace a todo conflicto (quien acusó el conflicto, cómo o quien lo haya fomentado); tenerlo en cuenta supondría un tratamiento menos efectivo del conflicto ya que se estarían incluyendo factores que distorsionan el proceso de pensamiento lógico y racional, esencial para llevar a cabo una negociación. De hecho, se considera que las

identifica civilización con creación individual, con originalidad, con innovación, por lo cual en la expansión del poder político ve en la uniformidad, el dogmatismo, la repetición. Su exigencia de la libertad individual es estratégica, como condición para que el hombre elija y cumpla sin coacciones sus propios fines, decida su propia vida, y desarrolle su individualidad, pues la civilización, la verdad, la creación, son pensadas como productos de la libertad, del individuo libre”. (Bermudo, J. M., *op. cit.*, p. 356)

²⁵ “Se parte de que los negociadores son, ante todo, personas. También de que cada negociador tiene dos clases de intereses: en la esencia y en la relación, distinguiendo los autores los “intereses de esencia” y los “intereses de relación”. En este método es crucial el hecho de que “la relación tiende a entremezclarse con el problema”. En ese sentido, una observación decisiva en la perspectiva de Fisher y Ury es que la negociación pone en conflicto la relación y la esencia. A partir de esos puntos de partida o considerandos, la recomendación de esos negociadores es la de “separar la relación de la esencia”; como ellos plantean “trate directamente con el problema de las personas”. (Giménez Romero, C., *op. cit.*).

²⁶ “Una *posición* es una declaración del resultado preferido por una parte. Normalmente el planteamiento de una posición incluye elementos estratégicos como la acusación, la exageración, la insistencia en los derechos y facultades de uno y la negación de que el otro tiene los mismos derechos. Por contraste, un *interés* es una necesidad subyacente o una meta que tiene que satisfacerse. Una posición sería, verbigracia, exigir una proporción fija de los bienes conyugales, y un interés, necesitar el dinero suficiente para conseguir un alojamiento adecuado”. (Parkinson, L. (2005): *Mediación familiar*. Barcelona: Gedisa, p.43).

consideraciones sobre el origen y el contexto del problema, no conducen más que a una competición destructiva.

Sin embargo desde su valoración particular, J. J. Sarrado y M. Ferrer, consideran que el respeto por el individuo, rasgo definitorio de las culturas occidentales, junto con la confianza en los progresos tecnocientíficos y en la sociedad del bienestar, se asientan sobre la base del modelo de solución de problemas, que, sin duda, brinda un servicio continuista a esta concepción tecnológica y predicha de la sociedad, los grupos y las personas. Por estas razones, desconsidera la crítica cultural, entendiéndola como una tendencia descontextualizada, ya que preconiza una mediación básicamente técnica, que con notoria frecuencia olvida los componentes artísticos de la sensibilidad, que permiten particularizar y enfocar los procesos de mediación enraizados con las diferentes tradiciones socioculturales²⁷.

Para este enfoque, mejorar o ampliar la comunicación no es un objetivo sino que se buscará en función de la necesidad de conseguir un acuerdo y se organiza siempre en sentido lineal. Por sentido lineal de la comunicación se entiende que lo que ha quedado resuelto es innecesario tratarlo de nuevo porque al considerar como causa única del conflicto el desacuerdo o los desacuerdos, todo lo acordado se considera ya resuelto. Los problemas que se van solucionando durante el proceso quedan cerrados a posteriores comentarios o revisiones; es más, no se consideran relevantes los detalles del pasado. Y todo porque intenta poner un orden que vaya de lo presente a lo futuro, tanto en el tratamiento del conflicto como en la estructura del propio proceso de la mediación.

Para el modelo Harvard, la mediación se constituye como técnica ya que según L. Parkinson implica: una comprensión intelectual de la mediación como un proceso racional que consiste en una sucesión de pasos en los que se recogen hechos, se clarifican diferencias, se identifican las opciones disponibles y se elaboran propuestas de acuerdo; conocimientos, incluso jurídicos, económicos, fiscales y sobre pensiones y beneficios asistenciales; conocimientos sobre la experiencia y el impacto del divorcio en los adultos y en los niños; conocimientos del desarrollo infantil y del adulto, y de la dinámica familiar; y sobre la disponibilidad de servicios auxiliares; competencia en el cálculo y análisis de datos

²⁷ Cfr. Sarrado Soldevila, J. J. y Ferrer Ventura, M. (2003): *La mediación: un reto para el futuro*. Bilbao: Descleé, p. 97.

económicos; conocimiento y experiencia en la solución de divorcios negociados y litigiosos: su estructura, tendencias y cuestiones actuales; un dominio de la negociación y sus técnicas, las cuales que implican un pensamiento lógico y razonado; finalmente, la formación en la disciplina de la mediación y el conocimiento de las investigaciones en este ámbito²⁸.

El segundo enfoque teórico de mediación siguiendo el orden cronológico es el modelo *transformativo*. Asociado tradicionalmente a Baruch y Folger también se conoce como *no directivo*, o *relationship-centred* (Burton y Dukes, 1990) y en algunas ocasiones como *mediación terapéutica*, suele asociarse a Baruch y Folger.

En 1994 Robert A. BaruchBush y Joseph P. Folgerpublicaron*The Promise of Mediation*. Se 1996 se tradujo al español bajo el título *La promesa de la mediación. Cómo afrontar el conflicto a través del fortalecimiento propio y el reconocimiento de los otros*. El mismo título de la obra, sugiere ya una metodología que se centra en la mejora o transformación de las personas a través de la mejora o transformación de sus relaciones.

Baruch es profesor de Resolución Alternativa de Disputas en la Escuela de Leyes de la Hofstra University, en el campus de Hempstead, en Nueva York. Folger es profesor de Comunicación en la Escuela de Comunicación y Teatro, de la Temple University. Con la obra *La promesa de la mediación*, ambos culminaban sobre todo la madurez de años de práctica mediadora complementándola con investigaciones en los campos del Derecho y la Comunicación²⁹.

El modelo transformativo surge como un cambio de paradigma³⁰ en el entorno de la mediación frente al paradigma del modelo lineal, no como una teoría complementaria sino como una teoría revolucionaria. Su innovación reside en considerar la mediación como una entidad singular que va más allá de ser una alternativa a la resolución de conflictos. Lo que confiere singularidad a la mediación es que en el proceso de búsqueda de soluciones, los participantes tienden a entender el conflicto como una fuente de enriquecimiento personal y

²⁸ Cfr. Parkinson, L., *op. cit.*, p.76. [Lisa Parkinson se está refiriendo a la mediación familiar; pero estas consideraciones de la mediación como una ciencia son extrapolables, en general, al resto de los ámbitos de la mediación]

²⁹ En Giménez Romero, C., *op. cit.*

³⁰ En Kuhn. T. S. (1997): *La estructura de las revoluciones científicas*. Madrid: F.C.E., 1997.

una oportunidad de desarrollo moral. La nueva interpretación del conflicto³¹, provoca una transformación a su vez en la manera de afrontarlo, ya que las partes cambian de perspectiva: de centrarse exclusivamente en su satisfacción individual pasan a tener en cuenta que la otra parte también busca legítimamente su propia satisfacción.

Dentro del mencionado Movimiento contemporáneo de mediación se encuadra dentro de la denominada Historia de la transformación representa una postura *interrelacional* de base *comunitaria* y aparece como respuesta a la Historia de la satisfacción. Considera que la mediación supone un modo especial de intento de resolución de conflictos que tiene como meta inmediata el crecimiento moral de los participantes, haciéndoles con ello emocionalmente más fuertes y a la vez más comprensivos. A más largo plazo confía en que este proceso promueva sociedades más pacíficas. Se apoya en tres tipos de valores: La defensa del individuo (y en esto coincide con la Historia de la *satisfacción*) combinada con la capacidad de sentir empatía y ambas con el horizonte de una sociedad en armonía.

En este sentido, el objetivo de la mediación no es ya el acuerdo sino el desarrollo moral de los participantes, como condición esencial para una relación adecuada entre las partes. La resolución del conflicto se deja, por tanto, fuera de plazo. Se entiende que puede suceder como consecuencia directa del proceso de mediación o bien más adelante, cuando el proceso de crecimiento moral permita el acercamiento de los participantes.

Por lo que respecta a la vía de negociación, el modelo transformativo se centra en lo que atañe a las relaciones entre los participantes y se define como un enfoque relacional. El enfoque relacional implica un tratamiento circular del proceso de mediación; es decir que la vinculación causa-efecto no se concibe en una sola dirección, sino que se entiende como un fenómeno de retroalimentación en el que los efectos provocan a su vez otras causas y éstas pueden interferir en las causas primeras. Por tanto los acuerdos a los que se ha llegado no cierran el asunto sobre el que se ha pactado sino que se vuelve sobre él cuantas veces sea necesario puesto que la propia marcha del proceso de mediación implicará cambios de perspectivas en los participantes sobre los mismos problemas.

³¹ “Aquí la concepción del conflicto es holística, emergente y dialéctica; por tanto, se comprende que el elemento interrelacional ocupe el lugar preeminente, (...)”. (Sarrado, J. J. y Ferrer, M., *op. cit.*, p.98).

Aceptar que el otro tiene razones y necesidades igualmente válidas y comprenderlas produce un clima de empatía en el que es más fácil resolver el conflicto. Pero según este modelo dicha aceptación no debe producirse sobre la base de que todo ser humano es un sujeto de derechos como proponía el modelo Harvard. Si se entendiera así, entonces, ante un conflicto se estaría hablando únicamente de conflictos entre derechos y no entre personas. Por el contrario la aceptación debe darse desde la perspectiva del bien común como idea básica de la idea de comunidad, que es para el modelo transformativo el factor de cohesión y en consecuencia las soluciones han de dar prioridad al mayor bien común aunque se produzca una menor satisfacción personal.

Cuando el proceso de mediación se conduce según este modelo, se espera que tanto en la negociación como en la toma de acuerdos prime el bien común frente al individual y en ese sentido, que el nuevo orden sea similar al que define “sociedades cerradas” o comunidades.

Constituye una comunidad la asociación de miembros vinculados habitualmente en función de un referente religioso y entre los cuales se establecen fuertes lazos de afectividad. Dichos lazos unen no solamente a los familiares sino también al resto de los integrantes de ese espacio-tiempo que comparten. La Comunidad pervive gracias a estos factores de cohesión citados: el referente religioso y los lazos de afectividad. El primero se suele manifestar en la identidad ideológico-religiosa y el segundo en las lealtades personales. Es tradicional y estática, se entiende como un orden cerrado y la justicia en ella consiste en contribuir al orden establecido que en general es jerárquico o estamental, para lo cual, cada miembro debe cumplir con el papel que se le asigna desde el nacimiento.

El proceso transformativo considera que conflicto no es un obstáculo para la negociación, como se pensaba desde el modelo lineal, sino como una oportunidad de rescatar valores propios del sentimiento de comunidad como la solidaridad, el cuidado, la comprensión, etc., que favorecen la toma de acuerdos que cohesionen³² a las personas en disputa. Se recupera con él la idea del bien común como principio ético-político del mundo griego.

³² Por “cohesionar” no debe entenderse ni conciliar posturas ni reconciliar personas, sino más bien condicionar la toma de acuerdos a los vínculos existentes entre las personas en disputa, más que al problema en sí.

Es más, el conflicto a la luz de este modelo se considera fundamentalmente una oportunidad de crecimiento, que lo es en principio para las personas en conflicto, pero que con ellas se extiende hasta producir un verdadero y progresivo cambio social. Sarrado y Ferrer (2003), partiendo de la perspectiva de J. P. Lederach, explican cómo la transformación o *cambio* afecta a cuatro ámbitos relacionados entre sí: el personal, el de las relaciones, el estructural y el cultural. En cada uno de ellos el cambio puede interpretarse: descriptivamente, como los cambios que se efectúan a escala social y prescriptivamente, como el conjunto de intervenciones deliberadas para efectuar los cambios que se efectúan a escala social. En el ámbito personal, la transformación se refiere a los cambios deseados y efectuados por los individuos relativos a aspectos emocionales, perceptivos y conceptuales del conflicto.

Desde la perspectiva descriptiva, se considera cómo el conflicto afecta a las personas positiva o negativamente -bienestar físico, autoestima, estabilidad emocional, capacidad perceptiva e integridad ética-.

Desde la perspectiva prescriptiva, la transformación representa el intento de minimizar los efectos destructivos del conflicto y maximizar el potencial de crecimiento de la persona como ser humano en el ámbito somático, emocional y ético. En el ámbito de las relaciones se producen los cambios deseados y efectuados en la relación entre las partes en referencia a la afectividad, la interdependencia y los aspectos expresivos, comunicativos e interactivos del conflicto.

Desde la perspectiva descriptiva, la transformación se ocupa de los efectos producidos por el conflicto en los patrones de comunicación e interacción -percepciones propias y del otro, interés en la relación, grado de interdependencia real y deseado, tendencias reactivas y proactivas-.

Desde la perspectiva prescriptiva, la transformación representaría una intervención intencionada dirigida a minimizar los efectos de una comunicación deficiente y a maximizar, por el contrario, en términos de afectividad e interdependencia, la comprensión mutua de los temores, esperanzas y objetivos de las personas implicadas en el conflicto. El ámbito estructural se refiere a las causas subyacentes al conflicto, los patrones y cambios que comporta en las estructuras sociales y en las necesidades humanas básicas, acceso a los recursos, así como patrones institucionales de toma de decisiones. Desde el punto de vista

descriptivo se está haciendo referencia al análisis de las condiciones sociales que favorecen los conflictos y los cambios que los mismos comportan en las estructuras existentes y en los modelos de toma de decisiones. Desde el punto de vista prescriptivo, se orienta a descubrir aquellos elementos que fomentan expresiones violentas y a promover abiertamente la no violencia minimizándola, impulsando las estructuras susceptibles de satisfacer las necesidades humanas básicas (justicia sustantiva) y maximizando la participación de las personas en aquellas decisiones que les afectan (justicia procedimental).

Finalmente, el ámbito cultural se refiere a los cambios que el conflicto produce en los patrones culturales de un grupo y en las formas cómo una cultura afecta al desarrollo y conducción del conflicto. A nivel prescriptivo, la transformación en el ámbito cultural trata de hacer explícitos los patrones culturales que generan violencia y de identificar, promover y construir los recursos y mecanismos que, desde dentro de la propia cultura, pueden contribuir a elaborar respuestas constructivas al conflicto³³.

Para que las ambiciosas pretensiones del modelo transformativo tengan visos de convertirse en realidades, éste dota al mediador de dos referentes constantes por los cuales se debe guiar durante el proceso y que en caso de no darse al inicio de este el propio mediador debe conseguir. Estos referentes son: la *revalorización (empowerment)* o fortaleza del individuo y el *reconocimiento (recognition)* de los intereses de los otros. La revalorización consiste en estimular la libre determinación y la autonomía, para incrementar la capacidad de ver la propia situación más claramente y de tomar decisiones por uno mismo³⁴. El reconocimiento es la práctica a través de la cual los participantes asimilan la legitimidad del otro, a respetarlo en la misma medida en que ya han aprendido a valorarse y respetarse a sí mismos.

No es de extrañar que bajo estas premisas, el modelo transformativo conciba la mediación como un arte más que como una técnica, ya que según constata L. Parkinson el mediador debe poseer³⁵: la empatía, la comprensión intuitiva y la capacidad de relacionarse con otras personas; la madurez y la experiencia de vida, no sólo conocimiento a través de

³³ Cfr. Sarrado, J. J. y Ferrer, M., *op. cit.*, pp. 98-100.

³⁴ Cfr. Parkinson, L., *op. cit.*, p. 47.

³⁵ Cfr. Parkinson, L., *op. cit.*, p.77. [Lisa Parkinson se está refiriendo a la mediación familiar; pero estas consideraciones sobre la mediación como un arte son extrapolables, en general, al resto de los ámbitos de la mediación]

los libros; las habilidades para responder a las necesidades emocionales tanto a las de orden práctico; un estilo personal y flexible de trabajo que permita variar la estructura y el ritmo del proceso.

Se ha objetado a este enfoque³⁶ que cambiar a las personas no es función del mediador y que incluso puede ser peligroso y que además, intentar transformar a quienes recurren a la mediación, está fuera de los límites éticos de esa práctica. Sin embargo, hacer esta objeción presupone entender que el mediador cambia a los participantes según las directrices que él considere adecuadas, no sólo para resolver el problema, sino también las más útiles para el futuro de los participantes.

En realidad, lo que se está proponiendo desde este modelo es que la tarea del mediador debe estar encaminada a estimular las capacidades de las que estamos dotados tanto para reconocer la propia legitimidad como para reconocer la ajena, y en función de ello reflexionar y analizar sobre ambas legitimidades a la hora de proponer buenos acuerdos. Es decir, que, en principio y salvo que ocurra alguna circunstancia que lo impida es posible en primer lugar, tomar conciencia de que como ser humano tiene un valor absoluto e incuestionable y en segundo, reconocer que el resto de las personas, aunque difieran en sus necesidades y razonamientos, poseen el mismo valor que uno mismo y en tercero y último, buscar la mejor forma de llegar a soluciones que emanen de la propia perspectiva sin menoscabo de la o las ajenas. Todo ser humano está capacitado para su crecimiento personal y cualquier práctica que lo estimule es no sólo lícita, sino recomendable. Cuando la transformación implica crecimiento personal es por tanto lícita, porque éste implica un análisis y una reflexión crítica, un trabajo de introspección que deviene necesariamente en autonomía; favorecer esa posibilidad es casi un acto solidario.

Lo que sí se podría hacer notar como objeción respecto a este enfoque es la valoración que de él hace Milagros Otero: “Este modelo tiene la ventaja de retomar la idea de comunidad y de búsqueda del bien común primándolo sobre el particular, pero presenta el mismo defecto que los otros dos [el enfoque *lineal* y el *circular-narrativo*]: carecer de la idea de lo justo en general y de lo justo de cada uno en particular. Y lo que es peor, quienes lo practican no son siquiera conscientes de esta realidad, por estar enfrascados en la

³⁶ Cfr. Parkinson, L., *op. cit.*, p.50.

preocupación por la vuelta a lo comunitario, olvidando aquello a lo que cada uno tiene su particular e intransferible derecho. Que es la causa obvia del conflicto mediado”³⁷.

El último modelo, de nuevo siguiendo el orden cronológico, es el llamado *circular-narrativo*. Ha sido desarrollado por Sara Cobb (Universidad de Santa Bárbara, California) y presentado a partir de 1995 en numerosos artículos y cursos sobre Negociación y resolución de conflictos. Para acercarse a este modelo resulta muy útil la obra de la que seguramente es su principal valedora, Marinés Suares, de tal modo que en este trabajo es la que se ha preferido como referencia principal, aparte de la de la misma Sara Cobb.

Para alcanzar una comprensión adecuada de este Modelo resulta imprescindible apelar al *continuum* que forman los tres Modelos de mediación que aquí se tratan. En uno de los extremos está el Modelo tradicional-lineal, centrado en el acuerdo y que se encuentra cercano al campo de la negociación. En el otro extremo se sitúa el Modelo Transformativo, centrado en las relaciones, que no se preocupa fundamentalmente por el acuerdo y que parece más cercano al campo de la terapia psicológica. Entre ambos se sitúa este Circular-narrativo, cuyo objetivo está orientado tanto a las modificaciones de las relaciones como al acuerdo.

Como su propio nombre indica, está emparentado con la terapia sistémica (para la que es fundamental el concepto de *causalidad circular*) y con las teorías postestructurales de las narrativas insertas en la teoría postmoderna del significado que proponen la superación del límite entre lingüística y retórica. Confluyen además en él la denominada teoría de la comunicación de Bateson, Watzlawick y otros, de la cual toma lo referente a la comunicación analógica, los aspectos pragmáticos de la comunicación y la noción de contexto como calificador del texto, la cibernética de segundo orden de Heinz von Foerster y Maturana, de la que selecciona dos aspectos concretos: la necesidad de tomar posiciones frente a una “realidad entre paréntesis” y la importancia del observador como elemento participante de la realidad que observa y finalmente el construccionismo social de Georgan del cual hace suyo todo lo relativo a la construcción social de la realidad.

Sara Cobb presenta el conflicto como una situación real que está interpretada de una manera particular a la luz de un contexto concreto. Esta particular interpretación contiene

³⁷ Soleto Muñoz, H. y Otero Parga, M. (Coord.), *op. cit.*, p.163.

los significados y las narraciones de cada participante; en este sentido poder reinterpretar cada universo de significados y de narraciones hará posible que el conflicto se perciba desde un ángulo diferente³⁸. De forma que El concepto de comunicación propio de este enfoque es visto como el soporte de los contenidos significativos que constituyen el conflicto, así como del tipo de relaciones que intervienen en éste.

Adoptar este modelo en un caso de mediación convierte el proceso ya no en una negociación en sentido estricto sino en una experiencia narrativa a través de la cual construir el nuevo orden se convierte en la construcción de universo simbólico exclusivo de los participantes y únicamente útil para ellos que es precisamente el factor de cohesión según este enfoque.

En esta perspectiva late fuertemente el espíritu de la “sociedad inconcreta” o sociedad postmoderna identificada a partir de la década de 1970. Se constituye como la proyección del pensamiento postmoderno, que rechaza la idea de orden totalizante y la idea de justicia como válida para todos los integrantes. Frente a ellos defiende la heterogeneidad, las realidades fragmentadas y en consecuencia el compromiso ideológico con las minorías sociales. La Sociedad inconcreta es pluralista y “deconstruye” el universo simbólico moderno para incluir cualquier elemento de significado que puede dar sentido y estructurar la vida de los individuos.

A través del protagonismo de las narraciones como depositarias del único parámetro válido para cada ser humano: su universo simbólico, el modelo *circular-narrativo* intenta superar la tendencia a generar atribuciones externalizadas acerca del conflicto. Así ocurre con el behaviorismo de Burton y tendencias similares que afirman que los conflictos aparecen cuando existen necesidades insatisfechas, tanto en los niveles conscientes o inconscientes o con el modelo marxista, que desde planteamientos muy distintos a los de Burton explica el conflicto en función de las diferencias de clase socioeconómica. Ambos siguen una lógica determinista que da por sentado que el conflicto es inevitable. Tanto para

³⁸ “El método que se utiliza en este tipo de mediación consiste en aumentar las diferencias ya existentes entre las partes protagonistas del conflicto. En este intento las partes explican el problema que les afecta, individualizando su postura y llevándola muchas veces hasta el extremo. El mediador escuchará ambas partes que se manifiestan en tesitura semejante dejándolas hacer casi hasta el absurdo, con la intención de que una vez que las partes hayan expuesto sus posturas, y comprobada la imposibilidad del acuerdo si cada una de ellas se mantiene inflexible, se proceda a crear una historia alternativa que posibilite la modificación de la relación, y con ella la posible solución del conflicto”. (Soletto Muñoz, H. y Otero Parga, M. (Coord.), *op. cit.*, p.162).

Marx como para los behavioristas, la intervención para resolver el conflicto está destinada al fracaso a menos que se erradique la condición causal, es decir: las diferencias de clase o las necesidades. Sara Cobb considera que desde este tipo de encuadres nadie es responsable de generar el conflicto y nadie necesita dar cuenta de los resultados positivos o negativos de las intervenciones de cambio, precisamente porque las necesidades no pueden ser controladas por los participantes en disputa ni por terceros³⁹. Frente a esto propone una “teoría de la responsabilidad” basada en la definición del conflicto como una ruptura de la coherencia internarrativa de los hablantes, propone una interacción en la que los relatos se desarrollan, modifican y cuestionan entre los disputantes, a medida que cada uno de ellos elabora su propia historia del conflicto y de la que presenta el otro. Solucionar el conflicto es crear una coherencia de narraciones, construida conjuntamente⁴⁰.

En consecuencia la vía de negociación se centra en ayudar a las personas en conflicto a construir nuevas narraciones más acordes con percepciones más estables y objetivas de la historia del conflicto. Partiendo de la perspectiva del construccionismo social⁴¹, que considera que la comunicación humana no representa el mundo sino que lo construye, el mediador trabajará más allá de las emociones, los valores o las necesidades de los participantes, centrándose en los universos simbólicos para transformar sus significados de tal manera que mejore la percepción de la propia identidad y de las relaciones sociales de cada parte.

Este modelo coincide con el modelo transformativo en concebir la comunicación como un todo: tanto los mensajes verbales como los no verbales y el proceso como un intercambio entre los mensajes (sean de uno u otro tipo) y una evolución en los mismos; coincide igualmente al considerar que la mediación posee una función educativa. En cuanto al desarrollo de dicho proceso se concibe en términos de una causalidad circular, factor que también tiene en común con el modelo de Baruch y Folger.

Dentro del enfoque narrativo el concepto del marco (Bateson, 1972) es un medio fundamental para configurar las narraciones. El mediador utiliza un marco como la

³⁹ Cfr. Suares, M., (2008): *Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas*. Buenos Aires, Paidós mediación, p.15-16.

⁴⁰ Cfr. Cobb, S. (1997): “Una perspectiva narrativa de la mediación. Hacia la materialización de la metáfora del “narrador de historias” ”. En Folger, J. P. y Jones, T. S. (Comps.): *Nuevas direcciones en mediación. Investigación y perspectivas comunicacionales*. Buenos Aires: Paidós mediación, p. 91.

⁴¹ Cfr. Sarrado, J.J. y Ferrer, M., *op. cit.*, p.102.

referencia dentro de la cual se incluyen ciertos mensajes y el modo de interpretarlos y fuera del cual quedan otros inapropiados para la nueva interpretación del conflicto. Esta noción de marco ha evolucionado hacia un significado más dinámico en el que se incluye el proceso por el cual, los participantes y el mediador se “enmarcan y reenmarcan unos a otros continuamente”⁴².

El enfoque narrativo nace en las sociedades postmodernas y comparte con ellas rasgos de su cultura y su pensamiento. Desde esta perspectiva el filósofo Foucault es la base ético conceptual desde la que se levanta éste modelo de mediación, que convierte el cuidado hacia el otro en cuidado hacia uno mismo. Esto lo consigue distinguiendo entre moral como código y moral como ética. La moral como código es objetiva y la moral que tiende a una ética es un cuidado de uno mismo, es una hermenéutica del sujeto, una reinterpretación de uno mismo. En esta reinterpretación de uno mismo está la mejora del sujeto. Esta idea de la reinterpretación del sujeto como actitud ética es recogida por el modelo circular narrativo en su insistencia de la reinterpretación de las historias como reinterpretación de los propios individuos.

El enfoque circular-narrativo hereda el interés por la interpretación de las narraciones sobretodo de la hermenéutica⁴³ de Derrida y más concretamente de su teoría de la “deconstrucción”. La deconstrucción es un modo de escrutar un texto, una historia; comprender de un nuevo modo, dar un nuevo significado a los signos. Deconstruir los

⁴² Parkinson, L., *op. cit.*, p.58.

⁴³ “*Hermeneuein* significa “expresar”, “explicar”, “interpretar” y “traducir”. Hermes, como mensajero de los dioses, era el encargado de notificar y hacer comprender a los hombres el pensamiento de los dioses. A Hermes se le atribuía, por ello, la invención de lo que sirve para comunicar de manera eminente: el lenguaje y la escritura. También los poetas, al decir de Platón “son mensajeros” de los dioses, que no suelen manifestarse con la claridad deseada. La labor del “hermeneuta” es justamente no sólo traducir esos mensajes, sino interpretar sus enunciados a fin de ofrecer una comprensión de ellos, de modo que no sólo se tornen inteligibles para quienes los reciben, sino que también así comprendidos ejerzan esa función normativa y de mandato que los mensajes transmitidos suelen tener en virtud de la autoridad de quien los emite. Los griegos usaban la forma adjetiva de *hermeneueinque* se unía de modo ordinario a la palabra *tékhnē* en el significado latino de ars, “arte”, “técnica”, “disciplina”. La *hermeneutiké téknē* era, así, el conjunto de medios que hacía posible alcanzar y traducir en palabras una realidad cualquiera, al mismo tiempo que designaba también la reflexión elaborada sobre ese conjunto de medios. El objeto de la *hermeneutiké téknē* consistía, más que en instrumentos técnicos de aplicación mecánica, en la educación de cada persona para que ésta elaborara, inventara o aprendiera a utilizar los medios más apropiados para conseguir la comprensión o intelección de la realidad”. (Hernández-Pacheco, J. (1996): *Corrientes actuales de filosofía. La escuela de Francfort. La filosofía hermenéutica*. Madrid: Tecnos).

significados viejos es el paso previo a la reconstrucción de un significado nuevo más pleno y con más sentido.

Llega hasta aquí esta panorámica de los modelos teóricos de mediación vinculados a sus fundamentos teóricos. En su despliegue se ha pretendido hacer patente la diversidad y el calado de las raíces de esta disciplina, que suele ser obviada a favor de todo lo que respecta a su praxis. Con ello, además de apostar por la riqueza de la teoría de la mediación, que desde luego ha sido apenas insinuada, se ha querido destacar esa correspondencia entre los dos enfoques del concepto de “orden”: el de la mediación y el sociopolítico.

Esta correspondencia marca dos fenómenos inherentes a un proceso de mediación:

El primero consiste en que toda relación humana, independientemente de su magnitud y complejidad se constituye como un orden y que dispone de recursos para hacer frente a los conflictos, pero que de igual modo cada cultura marca la forma y aplicación de dichos recursos. Es decir, las ideas de orden y conflicto determinan el modo de solucionar el conflicto.

Nuestras sociedades complejas proyectan en las formas de resolver las disputas sus diversos modos de asociarnos, bien como comunidad, bien como sociedad o bien como sociedad aún indeterminada. Por tal razón, se intenta rebatir la idea de que la mediación es una práctica “sin reglas”, sustentada en el voluntarismo del mediador y sin anclajes conceptuales. Al contrario, es ésta una práctica que si bien deja libre a los participantes en su toma de decisiones queda adecuadamente determinada por el marco de convivencia mínimo que establece el Derecho y por los sistemas de negociación que ofrecen los diversos modelos teóricos. Si bien es cierto que el mediador debe poseer cierta aptitud inicial (como en tantas otras profesiones) no lo es menos el hecho de que la mediación es una disciplina regulada a nivel interno y que ofrece parámetros claros y consolidados de actuación que el mediador debe conocer. Sólo atendiendo a dichos parámetros el mediador conseguirá que las soluciones a las que lleguen los participantes contemplen tanto las peculiaridades de cada contexto como los referentes de justicia y equidad más universales.

Por otra parte y en segundo lugar, con el análisis de la correspondencia isomórfica entre las dos ideas de orden se quiere destacar el hecho de que la mediación puede ser a la vez que una ayuda a la resolución de conflictos privados, una práctica en favor del desarrollo de la capacidad del ser humano de formular códigos normativos en un clima de

diálogo en el que someta las propias propuestas a debate y sea capaz de dar legitimidad a las ajenas. Este proceso que ya se ha definido como la búsqueda de nuevos órdenes de convivencia, bien sean de carácter ético-político como propone el modelo Harvard, moral, como propone el modelo transformativo o psicológico como propone el modelo circular-narrativo es bueno para la pacificación de la sociedad y para el ejercicio de comportamientos cívicos.

Es decir, que aunque la mediación busca soluciones de carácter personal y privado ante los conflictos, la circunstancia de que los participantes se vean “obligados” a formular nuevas normas se proyecta en el ámbito público con un mayor ejercicio de las capacidades de realizar intercambios y pactos con otros individuos básicos para una sociedad de iguales.

La mediación es por tanto un canal útil de transformación de la conducta hostil a la cooperativa para que sea posible analizar y dar solución a un problema. Cuando las personas perciben sus capacidades, entonces se produce este cambio. Es la vía que obliga al diálogo, al análisis de los objetivos y los recursos para llegar a ellos, al respeto hacia las necesidades de la otra persona con la que se está en conflicto y en definitiva, al nacimiento de individuos.

Como corolario sólo resta añadir que los resultados de la mediación avalan progresivamente la tesis según la cual se cumplen mejor y con más constancia los acuerdos formulados por los propios participantes en la disputa que los impuestos por un tercero. Se comprueba así que tiene mayor sentido atenerse a un orden pactado que acatado. Por tal razón, cuando el conflicto no reviste el carácter de delito⁴⁴, es decir, cuando únicamente se trata de crear nuevos órdenes de relación interpersonal entonces la mediación juega con ventaja frente al proceso sancionador.

Con ello no se está cuestionando la necesidad de dicho proceso, que si bien resultaría inútil en una sociedad utópica, se hace imprescindible como uno de los mecanismos reguladores de una sociedad real. Pero lo que resulta más discutible es que después de la aplicación de una sanción, el individuo tenga una mayor madurez personal y ciudadana

⁴⁴ Y aún así, en los casos en los que además de la sanción es posible la reparación del daño, tendría cabida la mediación entre víctima y delincuente como uno de los posibles programas identificados con la Justicia restaurativa. (Vid. www.justiciarestaurativa.org/intro)

El miedo a ser o a volver a ser sancionado bloquea la reflexión sobre los motivos de nuestras acciones, su conveniencia o inconveniencia para nosotros mismos, o las consecuencias que aquellas pueden provocar sobre los demás. Y es que la sanción no desarrolla la madurez moral, antes la anula, porque se identifica con incapacidad de autogobierno y no permite la necesaria reflexión que conlleva la madurez. Quien actúa sólo por evitar una sanción y no extrae consecuencias de sus actos no es capaz de juzgar el bien o el mal que provoca y tampoco genera remordimientos ni ningún dolor “interno” sino sólo el “dolor” que genere la sanción.

Por otra parte, la sanción marca al sujeto como culpable y no como responsable. A los culpables sólo les queda el expiar su culpa; esta es una dimensión estática en la cual aparte de “pagar”, el individuo no está obligado necesariamente a aprender o a mejorar; normalmente si se produce ese aprendizaje o esa mejora suele ser de nuevo por el miedo a tener que “pagar” de nuevo. Pero si a las personas se les descarga de la culpa para convertirlas en responsables de sus propios actos, entonces toman conciencia de la capacidad para regular sus propias acciones.

La mediación trata de proteger el abuso de la vía judicial, reservándola únicamente para aquellos casos en los que sea necesaria. Con su concurso, los seres humanos pueden ejercitar la autonomía de la voluntad y con ella su derecho a la dignidad y el ejercicio de la responsabilidad de una forma mucho más completa que mediante la vía judicial⁴⁵.

La mediación intenta desarrollar la responsabilidad en las partes en disputa, con el fin de que hagan suyo el “desorden” inherente al conflicto y la formulación de un orden adecuado. Por ello, donde ésta sea la clave para resolver una disputa, la mediación tiene un papel decisivo, aparte de las bondades por las que habitualmente se la caracteriza. La creación de nuevos órdenes de relación fuerza los recursos intelectuales y éticos a los participantes y pone progresivamente a la sociedad en el camino de alcanzar la tan deseada por Inmanuel Kant “*mayoría de edad*”⁴⁶.

⁴⁵ Cfr. Soletto Muñoz, H. y Otero Parga, M.: *op. cit.*, p.158.

⁴⁶ Para el concepto de “*mayoría de edad*” vide “*Respuesta a la pregunta ¿Qué es la Ilustración*” en Kant, I. (1999): *En defensa de la Ilustración*. Barcelona, Alba,

BIBLIOGRAFÍA

BARUCH BUSH, R. A. y FOLGER, J. P (1996):*La promesa de la mediación. Como afrontar el conflicto mediante la revalorización y el reconocimiento*. Argentina: Granica.

BELLOSO, N., Coord. (2006): *Estudios sobre mediación: la Ley de Mediación en Castilla y León*. Valladolid, Junta de Castilla y León: Indipress.

BERMUDO, J. M. (2001):*Filosofía política*. Barcelona: Ediciones del Serbal, 2001, vols. I, II, III.

CAMINALBADIA, M. (2003):*Manual de Ciencia política*: Madrid. Tecnos.

FISHER, R., URY, W., PATTON, B. (2005):*Obtenga el Sí*. Barcelona: Gestión 2000.

FOLGER, J. P. y JONES, T. S. (1997):*Nuevas direcciones en mediación*. Barcelona: Paidós, 1997.

GARCÍA BORRÓN, J. C. (1998):*Historia de la Filosofía*. Barcelona: El Serbal, vols. I, II, III.

GIMÉNEZ ROMERO, C. (2001): “Modelos de mediación y su aplicación en mediación intercultural”. En Revista *Migraciones*. Universidad Pontificia de Comillas.

HERNÁNDEZ-PACHECO, J. (1996):*Corrientes actuales de filosofía. La escuela de Francfort. La filosofía hermenéutica*. Madrid: Tecnos.

KANT, I. (1999): *En defensa de la Ilustración*. Barcelona: Alba editorial.

KUHN, T.S. (1997):*La estructura de las revoluciones científicas*. Madrid: F.C.E.

LÉVI-STRAUSS, C. (1973): *Antropología estructural*. Buenos Aires: Eudeba.

MAIR, L. (1973): *Introducción a la antropología social*. Madrid: Alianza Universidad.

MUNDATE JACA, L. y MEDINA DÍAZ, F. J. (2005):*Gestión del conflicto, negociación y mediación*. Madrid: Pirámide.

PARKINSON, L (2005):*Mediación familiar*. Barcelona: Gedisa.

SARRADO SOLDEVILA, J. J. y FERRER VENTURA, M. (2003):*La mediación: un reto para el futuro*. Bilbao: Descleé.

SOLETO MUÑOZ, H. y OTERO PARGA, M. (2007):*Mediación y solución de conflictos*. Madrid: Tecnos.

STUART MILL, J. (1997):*Sobre la libertad*. Madrid: Alianza Editorial.

SUARES, M. (2004):*Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas*. Buenos Aires: Paidós.

TÖNNIES, F. (1979):*Comunidad y asociación*. Barcelona: Edicions 62.

TRUYOL Y SERRA, A. (1991):*Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*. Madrid: Alianza Editorial, vols. I y II.

URY. W. L. (2005): *Alcanzar la paz. Resolución de conflictos y mediación en la familia, el trabajo y el mundo*. Barcelona: Paidós.

ANOTACIONES SOBRE ALTERNATIVAS AL SISTEMA PUNITIVO:

LA MEDIACIÓN PENAL

Nuria Bellosó Martín

Profesora Titular de Filosofía del Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Burgos (España). Coordinadora del Programa de Doctorado del Departamento de Derecho Público “Sociedad plural y nuevos retos del Derecho”. Directora del Curso de Especialista Universitario en Mediación Familiar desde 2003 hasta la actualidad. Colabora en Cursos de Maestría y Doctorado en diversas Universidades brasileñas. Participa en varios Programas de Investigación – CNPQ.

Sumario: *Introducción.- 1. Justicia Restaurativa y Mediación Penal: 1.1. Concepto; 1.2. Principios informadores de la Mediación Penal.- 2. Áreas susceptibles de aplicar la mediación penal: a) Mediación penal de menores; b) Mediación penitenciaria.- 3. Áreas controvertidas para aplicar la mediación penal: 3.1. Mediación en delitos de peligro; 3.2. Mediación en delitos de atentado, resistencia y los cometidos por funcionarios públicos; 3.3. Mediación en caso de que sean varios los acusados y unos quieran someterse al proceso de mediación y otros no; 3.4. Mediación para personas reincidentes; 3.5. Mediación si la víctima es menor de edad o incapaz; 3.6. Mediación que no llega a buen puerto por la injustificada oposición de la víctima; 3.7. Mediación en delitos de violencia de género- 4. Algunas críticas a la mediación penal.*

Resumen: Llevamos varios años trabajando en el ámbito de la mediación – desde la perspectiva del trabajo académico e investigador-. Son muchas las horas que hemos compartido con mediadores y operadores y creemos firmemente en las bondades de la mediación como forma de gestionar los conflictos en muy diversos ámbitos. Desde el

escolar al sanitario, pasando por el familiar, el intercultural, el laboral, el comunitario y otros. Somos conscientes de los recelos que despierta la aplicación de la mediación al ámbito penal, pero los excelentes resultados obtenidos en este contexto están consiguiendo minar el escepticismo inicial. En el trabajo que presentamos queremos poner de relieve precisamente que junto a la pena, hay otras formas y estrategias de desarrollar el control social.

Nos ocuparemos del concepto y los principios mediación penal, para centrarnos después en algunas áreas susceptibles de aplicarse la mediación penal: mediación penal de menores y mediación penitenciaria. Continuaremos examinando algunas áreas controvertidas para la aplicación de la mediación penal haciendo especial referencia a los casos de violencia de género. Terminaremos exponiendo algunas críticas que se han vertido sobre la mediación penal.

Palabras llave: justicia restaurativa.- mediación penal.- mediación penitenciaria.- violencia de género.- filosofía de la pena.

Abstract: We take several years working in the environment of the mediation-from the perspective of the academic work and investigator. They are many the hours that we have shared with mediators and operators and we believe firmly in the kindness of the mediation like form of negotiating the conflicts in very diverse environments. From the scholar to the sanitarium, going by the relative, the intercultural, the labor one, the community one and others. We are aware of the mistrust that he/she wakes up the application from the mediation to the penal environment, but the excellent results obtained in this context they are being able to mine the initial scepticism. In the work that we present we want to in fact put of relief that next to the pain, there are other forms and strategies of developing the social control.

We will be in charge of the concept and the principles penal mediation, to center us later in some susceptible areas of being applied the penal mediation: penal mediation of smaller and penitentiary mediation. We will continue examining some controversial areas

for the application of the penal mediation making special reference to the cases of gender violence. We will finish exposing some critics that have spilled against the penal mediation.

Key words: restorative justice. - penal mediation. - Penitentiary mediation. - gender violence.- philosophy punitive.-

INTRODUCCIÓN

En el Derecho penal la atención por la persona humana debe tener una posición absoluta y central; y debe tenerlo de manera no solamente retórica, sino concreta y operativa¹. Basta recordar la célebre frase de Beccaria: “Non vi é libertà ogni qual volta le leggi permettono che, in alcuni eventi, l’uomo cessi di esser persona, e diventi cosa”². Esta relación entre persona y dignidad afecta propiamente al problema de la pena, al desarrollo del *iter* punitivo, al procedimiento penal, a sus garantías y, especialmente, a una humana ejecución de la pena. A todo ello hay que sumar las propuestas de sustituir la cárcel por una pena más adecuada.

Si no se quiere o no se puede (por la dificultad objetiva) renunciar a la pena de prisión, se debería, en primer lugar, reservar ésta para los delitos de mayor gravedad, sustituyéndola, en casos más leves, por otras medidas (arrestos domiciliarios). En segundo lugar, se debe procurar que la ejecución de la pena no se realice con métodos repugnantes al sentido de la humanidad; que el sufrimiento causado por la pena se limite a la privación de goce de un derecho fundamental como es el de la libertad –que ya es suficientemente grave-, a la que no se deberían añadir otros sufrimientos. Se deberían cuidar las normas disciplinarias, hacer posible el estudio, la formación laboral, afrontar serenamente el

¹ CATTANEO, Mario A., *Pena, Diritto e Dignità umana. Saggio sulla filosofia del Diritto penale*. Torino, G. Giappichelli Editore- Torino, 1998, p.4.

² BECCARIA, Cesare, *Dei delitti e delle pene*, XXVII, Ed. di P. Calamandrei, Florencia, 1950.

problema sexual, evitar cualquier lesión que vulnere la dignidad humana, ya provenga de la parte de los funcionarios como de otros detenidos³.

Para comenzar a hablar con propiedad de la Justicia Restaurativa habría que remontarse al imprescindible debate filosófico en torno al fenómeno de la punición. Desde las mitologías de la pena hasta las contribuciones de la teoría social a este fenómeno, se podría realizar una panorámica multidisciplinar sobre la cuestión del castigo. La célebre frase “el que la hace, la paga” encierra en sí un sentido que va más allá de su aspecto formal: se presenta esta fórmula como la clara representación de la justicia: quien ha llevado a cabo un comportamiento que atenta contra las normas, debe de pagar – compensar, retribuir—por esa conducta. Los fundamentos legitimadores clásicos de la intervención penal se movían en ese sentido: desde las teorías absolutas del “*ius puniendi*” (la ‘pena justa’) a las teorías relativas del “*ius puniendi*” (la ‘pena útil’), junto con las teorías mixtas, las abolicionistas, el garantismo penal y tantas otras hasta llegar al minimalismo penal⁴. Las teorías de legitimación de las penas han sido muchas y variadas a lo largo de la historia, además de controvertidas: desde la visión de Durkheim al discurso marxiano en torno al castigo, junto con las direcciones promovidas por la Escuela de Chicago y la difusión del behaviorismo, continuando con el Panóptico de J. Bentham y desembocando en el panoptismo, prosiguiendo con Foucault y las defensas de las sociedades disciplinarias, hasta llegar a las instituciones de Goffman y tantas otras⁵.

M. Pavarini recuerda que hay una fase decisiva para la ideología correccional de la pena –la que se impone a mediados del siglo XIX- que se construye por medio del paradigma del déficit en la interpretación de la desviación/criminalidad y que por lo tanto proyecta una imagen topológica del *homo criminalis* de signo positivista. Es peligroso quien tiene “menos”, quien tiene déficit: físicos, psíquicos, afectivos, culturales, sociales. Si

³ Junto con estas reflexiones sobre la pena, habría que ocuparse también del otro ámbito que es también objeto de la filosofía de la pena, como es la determinación de los caracteres que debe revestir el hecho que da lugar a la pena, es decir, al reato o al delito. No podemos ahora extendernos en este aspecto. No remitimos a las aportaciones de algunos ilustres iusfilósofos de la historia: desde Lutero a Kant, junto con Kelsen, A. Schopenhauer y tantos otros.

⁴ No podemos extendernos en el análisis de la teoría de la pena. *Vid.* nuestro trabajo *Poder punitivo y justicia. Hacia una filosofía de la pena*. En: "Persona y Derecho. Homenaje al Prof. J. Hervada". Universidad de Navarra, nº 41, vol.II (1999) pp.525-578.

⁵ *Vid.* RIVERA BEIRAS, Iñaki, *La cuestión carcelaria. Historia, epistemología, Derecho y Política penitenciarias*. 2ª ed., actualizada, Vol. I, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2009.

se eliminan o reducen estos últimos, se eliminará o reducirá la peligrosidad social. La evidencia de la observación confirma el asunto: visitad las cárceles y encontraréis siempre y en donde sea sujetos débiles. La peligrosidad social de los criminales radica por lo tanto en su estatus y no en su naturaleza malvada. La solución no puede ser una ni única: actuar para reducir las diferencias⁶.

La cuestión ya no es aquella pretenciosa e ingenua intención de derrotar al crimen, sino simplemente racionalizar la operatividad de los sistemas que pretenden “gestionar” la criminalidad con base en criterios de tipo estadístico y actuarial. En cierta manera estamos asistiendo a una “criminología de la vida cotidiana” –Brasil es un claro ejemplo-: el acto desviado es un riesgo habitual que puede ser calculado y en alguna medida incluso evitado (porteros en los edificios de apartamentos las 24 horas, sistema de vigilancia con cámaras, circulación en vehículo con las ventanillas cerradas, etc.). Todo ello no supone una tarea/obligación exclusiva del Estado y de los aparatos represivos tradicionales, sino una decisión realista y “obligada” para la sociedad civil. Las víctimas potenciales –es decir, todos- como sujetos a tutelar, estamos invitados a hacernos cargo de nuestra propia defensa, organizándonos y adoptando estilos diferentes de vida. De alguna manera, el Estado se desmarca progresivamente del papel monopolista en la defensa contra el delito. A. Baratta describía esta transición en un tono lapidario, como le corresponde: la transición que va del modelo de la *seguridad de los derechos* hacia el del *derecho a la seguridad*, convierte esta última en un bien privado. Baste pensar en las políticas de seguridad imperantes hoy y que, prácticamente invirtiendo casi exclusivamente en estrategias de prevención situacional, acaban por habituarnos a “valernos por nosotros mismos”; es decir, sin fiarnos demasiado de los aparatos represivos y preventivos estatales, en el marco de una sociedad con un elevado riesgo de criminalidad. Y en esta misma óptica, crece también el paradigma de la compensación como apoyo de la nueva estrategia mediadora en el sector de la justicia penal⁷.

⁶ PAVARINI, Massimo, “Prólogo dialogado” a RIVERA BEIRAS, Iñaki, *La cuestión carcelaria. Historia, epistemología, Derecho y Política penitenciarias*. 2ª ed., actualizada, Vol. I, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2009, p.VII –XIV.

⁷ PAVARINI, Massimo, *Ibidem*, p.XIII.

Mientras que por un lado las víctimas reclaman mayores penas para los delincuentes –cadena perpetua, endurecimiento de la ley de responsabilidad penal del menor, cumplimiento íntegro de las penas⁸- y difícilmente se ven “compensadas” por su sufrimiento, los delincuentes siempre consideran excesivas las penas y se quejan de la vulneración de sus derechos⁹. En la segunda mitad del siglo XX se abre un segundo periodo en relación a la fundamentación teórica de los derechos del preso, con la asunción del modelo correccional de justicia penal. Este modelo orienta teleológicamente –y por lo tanto también limita- el poder disciplinario con la finalidad de inclusión social. La premisa punitiva del Estado se vincula, por tanto –en algunos ordenamientos incluso a nivel constitucional-, hacia la persecución de una finalidad precisa: la resocialización del condenado.

Los presos tienen necesidades y no sólo como presos sino también como seres humanos quienes, por la debilidad social que revelan en y por su condición de reclusos, deben estar preferentemente asistidos por el ordenamiento jurídico y para hacer que se satisfagan sus necesidades mediante la aplicación de tales derechos. No deben ser torturados ni vejados; sus saludes físicas y psíquicas deben ser cuidadas; la atención de sus

⁸ Las reclamaciones de algunas víctimas, ante lo que consideran una ley “muy permisiva” con los delincuentes y unas penas “muy blandas” reclaman una mayor disciplina. Recordemos aquí los espacios que Foucault definió como lugares habitados por la disciplina: la cárcel, el manicomio, el colegio, el ejército- pero también la familia, la escuela y la fábrica, gracias a su relevancia social-, resisten como espacios aún no hegemonizados por el derecho y en los que se despliega un dominio tendencialmente “libre” y por lo tanto “discrecional” de algunos hombres sobre otros, hasta el punto de que éstos sufren, en mayor o menor medida, una libertad “vacía”, “devaluada” o “limitada”. En la segunda mitad del siglo XX se abre un segundo periodo en relación a la fundamentación teórica de los derechos del preso, con la asunción del modelo correccional de justicia penal. Este modelo orienta teleológicamente –y por lo tanto también limita- el poder disciplinario con la finalidad de inclusión social (PAVARINI, Massimo, *Ibidem*, p.XIX).

⁹ El reconocimiento y la configuración de los derechos fundamentales de los reclusos ha sido una cuestión controvertida. Los presos, ¿tienen de verdad derechos? Y ¿los tienen como tales y como seres humanos? Claro está que los tienen y en ambas calidades. Sin embargo, la cárcel y los empleos aberrantes que de ella se hacen, dejan entrever de forma casi ostensible que los derechos en cuestión son negados en las dos condiciones. Roberto Bergalli se lamenta de que “Un preso está privado de su libertad por haber sido castigado y el castigo no otorga derechos sino que más bien genera deberes, obediencias cuando no sometimientos. Como seres humanos los presos generalmente se constituyen en ciudadanos de segunda clase o directamente están desclasados, tanto en el sentido de la consideración de sus atributos como individuos, cuanto en el sociológico, por haber perdido su inclusión en una determinada clase social, una vez ingresados como reclusos”. Bergalli reconoce que estas afirmaciones pueden entenderse como exageradas o hasta impropias a la luz de una aparente tradición fuerte de derecho penitenciario y de penitenciaristas que reclaman por tales derechos, los estudian, los exponen y discuten sobre ellos en reuniones, congresos y seminarios de todo nivel, pero considera que ésta es la realidad. (BERGALLI, Roberto, Prólogo a RIVERA BEIRAS, Iñaki, *cit.*, p.XXIX).

vínculos familiares y sociales apoyada; cuando trabajen de forma remunerada en las cárceles no deben de ser explotados. Para ello sirven los derechos que les reconocen los ordenamientos penitenciarios y por ello debe exigirse su cumplimiento. Pero junto con este reconocimiento de los derechos humanos de los presos- de los que nadie duda pero de difícil cumplimiento por las condiciones de hacinamiento, falta de higiene y de medios en buena parte de los centros penitenciarios¹⁰, se puede intentar ir más allá, precisamente como un complemento y ayuda a esta escasez de medios en relación a que la pena por el daño producido tenga una única lectura: la cárcel.

La pregunta que surge, a estas alturas, es si resulta posible, actualmente, en plena y evidente crisis del modelo correccionalista, fundar una teoría jurídica diferente de los derechos del detenido/condenado por medio de un paradigma conflictivo de la penalidad. La justicia restaurativa y la mediación penal ¿pueden ser una respuesta adecuada? ¿van más allá de ser simples mecanismos de una “atenuación de la pena”?

¹⁰ No podemos extendernos en un análisis de las condiciones de los presos en los centros penitenciarios y de una evaluación de sus derechos humanos. Sin embargo, son muchas las voces que se alzan reclamando un cambio en el sistema punitivo y nuevas estrategias en las políticas penales actuales. J.N. de Miranda Coutinho, en el contexto brasileño, se lamenta de que el neoliberalismo y el Estado mínimo “no tienen dinero para nada”, lo que le lleva a hablar de crisis, incluso de gobernabilidad. Concretamente, llama la atención sobre la situación de las cárceles de su país, tan pobladas que se han convertido en meros depósitos humanos. Eso le lleva a reclamar una mayor atención en la fase de ejecución penal. Los operadores jurídicos –especialmente el Poder Judicial y el Ministerio Público- no pueden conformarse con el dictamen de una sentencia. Hay que ver cómo se ejecuta después esa sentencia y, en los casos de sentencia de prisión, los jueces de vigilancia penitenciaria tienen un papel esencial. Subraya J.N. de Miranda que la teoría retribucionista no está equivocada: la pena libera, pero sobre todo a los operadores de la ejecución penal de la carga de conferir al preso las condiciones mínimas exigidas por la Constitución, comenzando por la dignidad de la persona. El preso se “cosifica”, es decir, se llega al terrible resultado de considerar al preso como “cosa”. En Brasil se quejan del “fracaso del sistema de reintegración social del preso”, pero ese “sistema”, en realidad, nunca existió. Puede que la miseria, en sí, no sea causa de la violencia, pero el asunto cambia si está acompañada de la exclusión social: “la vergüenza de la exclusión habla más alto que los frenos morales” (MIRANDA COUNTINHO, Jacinto, “Neoliberalismo e sistema punitivo”, en João de ALMEIDA y João Luz da SILVA ALMEIDA (editores), *Sistemas punitivos e Direitos Humanos na Ibero-América*. Rio de Janeiro, Editora Lumen Iuris, 2008, pp.1-14).

En esta misma línea de pensamiento se expresa Andrea ALMEIDA TORRES, “Críticas ao tratamento penitenciário e a falácia da resolução”, en João de ALMEIDA y Joao Luz da SILVA ALMEIDA (editores), *Sistemas punitivos e Direitos Humanos na Ibero-América*. Rio de Janeiro, Editora Lumen Iuris, 2008, pp. 59-76). En la obra citada se presentan algunas alternativas político-criminales interesantes: desde la implementación de políticas públicas de seguridad, a la participación en el sistema penitenciario, junto con experiencias en Centros de resocialización en el Estado de São Paulo, o la aplicación en Brasil del sistema de justicia restaurativa que se viene aplicando en España. Vid también, WOLKMER, Antonio Carlos, *Pluralismo jurídico: fundamentos de una nueva cultura del Derecho*. Madrid, Editorial Mad, 2006; y también, ZAFARONI, Raúl, “Sentido y justificación de la pena”, en *Jornadas sobre sistema penitenciario y derechos humanos*, Buenos Aires, Editorial del Puerto, 1997.

1. CONCEPTO Y PRINCIPIOS INFORMADORES DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA Y DE LA MEDIACIÓN PENAL

1.1. Concepto

En el ámbito español, la regulación de la mediación se ha limitado al ámbito de los conflictos de familia, básicamente¹¹. Habría que partir de entonar el *mea culpa* por no haber cumplido la Directiva Comunitaria del Consejo de Europa de 15 de marzo de 2001 que daba de plazo hasta el 22 de marzo de 2006 para dar cumplimiento a la Disposición de promulgar una Ley de mediación penal¹². Asimismo, también nos encontramos con la obligación de proceder a la transposición, en España, de la *Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles*, ya que el plazo máximo con el que se cuenta es hasta el 21 de mayo de 2011. Esta última Directiva ha propiciado que el Gobierno español haya impulsado el Anteproyecto de ley de Mediación de ámbito nacional¹³, que articulará un marco mínimo para el ejercicio de la mediación¹⁴ sin perjuicio de las disposiciones que

¹¹ La legislación promulgada no ha sido de ámbito nacional sino a nivel de Comunidades Autónomas. Concretamente, hasta la actualidad hay once Comunidades Autónomas que han promulgado su respectiva Ley de Mediación Familiar. Como novedad legislativa hay que destacar que en Cataluña se ha promulgado recientemente lo que se ha dado en llamar una Ley se “segunda generación” en mediación: la Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito de Derecho Privado en Cataluña.

¹² Este demora en cuanto a la regulación de la mediación ha sido una constante en nuestro país. Para el mes de noviembre de 2009 se había anunciado la publicación del Anteproyecto de una Ley de Mediación a nivel nacional: aún no se conoce el texto. Parecida situación encontramos en cuanto a la promulgación de una Ley de mediación penal, de la que se lleva anunciando un Borrador, pero que tampoco ha visto la luz.

¹³ Con fecha de 19 de febrero de 2010, el Ministro de Justicia del Gobierno español, F. Caamaño, ha presentado al Consejo de Ministros tres anteproyectos de Ley: 1) el de Mediación; 2) el de reforma de la Ley de Arbitraje de 2003 y de Regulación del Arbitraje institucional en la Administración General del Estado; 3) el de reforma de la Ley Orgánica, complementaria de los dos anteriores, por el que se modifica la ley Orgánica del Poder Judicial para adaptar las competencias de los juzgados y tribunales en estas materias. Estas estrategias se enmarcan en el Plan de Modernización de la Justicia 2009-2010 y en la Estrategia de Economía Sostenible (*Vid.* www.mjusticia.es; también, en la página *web* de Economía Sostenible: www.economiasostenible.gob.es/).

¹⁴ Como principales características de la Ley de Mediación destacamos:

- . Someterse a la mediación será voluntario, excepto en los procesos de reclamación de cantidad inferiores a 6.000 euros, en los que se exigirá haber iniciado el proceso a través de una sesión informativa gratuita, como requisito previo para acudir a los tribunales.
- . La solicitud de inicio de la mediación interrumpe la prescripción o caducidad de acciones judiciales.
- . Se fija un plazo máximo para la mediación de dos meses, ampliable a otro más.

dicten las Comunidades Autónomas, algunas de las cuales tienen su propia regulación. La mediación quedará establecida para asuntos civiles y mercantiles en conflictos nacionales o transfronterizos. Se excluyen expresamente la mediación laboral, penal y en materia de consumo. ¿Qué hacer, entonces, con la mediación penal? ¿Podemos reconocerla eficacia jurídica?

Quien se acerca por primera vez a la mediación penal, es posible que lo primero que piense es que se ha diseñado un sistema que “burla” la imposición de la pena, que “evita” ir a la cárcel o, al menos, consigue un atenuante de la tipificación penal, con la consiguiente rebaja de la pena que en su caso le correspondería si no hubiera aceptado participar en el procedimiento de mediación. Por tanto, no es extraño que la actitud inicial sea de rechazo ya que se contrapone al espíritu propio del castigo y del “ius puniendi” del Estado. Sin embargo, como sustrato de la mediación penal se puede observar una transformación de la penalidad carcelaria y una especie de “resistencia” al poder punitivo. No se trata meramente de “evitar” ese poder, sino de diseñar otras formas de ejercer la punición que no sean exclusivamente las de la pena de prisión¹⁵.

Entre las actuales tendencias en el Derecho penal se encuentra la de la Justicia Restaurativa, también conocida, principalmente en España, como mediación penal¹⁶. La Justicia Restaurativa se ha descrito como una respuesta del siglo XXI al reto de la delincuencia dentro de una sociedad libre. “La Justicia Restaurativa se cuestiona la forma en que se ha hecho justicia hasta ahora, y ofrece un nuevo enfoque que sitúa a víctima e infractor en el centro de la búsqueda de la justicia. Por un lado, para la víctima, la Justicia

. Se regulará un estatuto mínimo de la persona mediadora, con las siguientes condiciones para ejercer como tal: a) Tener un seguro de responsabilidad civil; b) Estar inscrito en un registro público y de información gratuita para los ciudadanos.

¹⁵ Como apunta Massimo Pavarini, “en su esencia, la experiencia de disciplinamiento, más que domesticar a los hombres a través de la pena, se inscribe en el parámetro ambiguo de la modernidad, en suspensión entre una metáfora hegemónica y una esperanza de liberación. Es metáfora hegemónica en la medida de la expresión que quiere que los excluidos de la propiedad, del pacto social, de la ciudadanía, puedan ser socialmente aceptados sólo en la medida en que sean educados y disciplinados; es esperanza de liberación como nacimiento y crecimiento de la conciencia de clase, como confianza en la virtud proletaria, la única que permite liberarse definitivamente de los peligros de un destino desgraciado para los miembros del *lumpet proletariat*” (PAVARINI, Massimo, Prólogo dialogado a RIVERA BEIRAS, Iñaki, *cit.*, p.VIII).

¹⁶ La denominación es variada: reparación a la víctima; conciliación víctima-ofensor; reconciliación; mediación; reparación, etc. En el ámbito internacional se suele utilizar el término de “justicia reparadora”, traducción de la expresión inglesa *restorative justice*. En Europa se tienden a utilizar más el de “mediación”, complementado por el de reparación para referirse al resultado pretendido por la mediación.

Restaurativa ofrece un ambiente seguro para hacer preguntas y encontrar respuestas que sólo el infractor puede dar, ofrece una oportunidad para que la víctima explique al infractor el alcance de los daños causados por el delito y encuentra una forma de evitar el daño causado y restablecer la paz. Por otro lado, apoya al infractor para que rinda cuentas directamente con la persona más perjudicada por el delito, proporciona un espacio seguro para ofrecer una disculpa y demostrar que el daño no se repetirá”¹⁷.

Prefiere la reparación del daño causado antes que su represión. Esta mediación no pretende una confrontación con los procedimientos judiciales formales ni con el marco de garantías que representan. Se propone contribuir a una justicia penal menos retributiva, que tenga más en cuenta a la víctima y al infractor y lo que para ellos representa el conflicto. Lo que persigue la mediación es la reparación del daño y la resolución no violenta de conflictos¹⁸.

La Justicia restaurativa¹⁹ es todo proceso en que la víctima, el delincuente y, cuando proceda, cualquier otra persona o miembro de la comunidad afectados por el delito participen conjuntamente, de forma activa, en la resolución de cuestiones derivadas del delito, en general, con la ayuda de un mediador o facilitador. La finalidad: la reparación, la restitución y el servicio a la comunidad. Pueden iniciarse en cualquier fase del procedimiento penal y solamente con el consentimiento libre y voluntario de la víctima y del delincuente.

El *European Forum for Restorative Justice*²⁰, que celebra este año su X Aniversario, se dedica a ayudar a establecer y desarrollar la Justicia Restaurativa en toda

¹⁷ KEARNEY, Niall, *Presidente del European Forum for Restorative Justice* (Carta de Presentación del I Congreso Internacional sobre Justicia Restaurativa y Mediación Penal. Dimensiones teóricas y repercusiones prácticas”, celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Burgos (España) entre los días 04 y 05 de marzo de 2010).

¹⁸ Vid. RÍOS MARTÍN, J. “La mediación penal: acercamiento desde perspectivas críticas del sistema penal”, en *Estudios de Derecho Judicial. Alternativas a la Judicialización: la mediación de los conflictos*, n°3. Madrid, 2007, pp.139-164.

¹⁹ Vid. GORDILLO SANTANA, Luis F., *La Justicia restaurativa y la mediación penal*. Madrid, Iustel, 2007.

²⁰ Mail: info@euforumrj.org; Web: www.euforumrj.org

Para celebrar el X Aniversario del Foro Europeo de Justicia Restaurativa, se ha organizado su Congreso bienal en Bilbao (España), para junio de 2010.

Como documentos internacionales sobre Justicia Restaurativa, pueden consultarse: a) Consejo de Europa-Recomendación n° R 99(19) del Comité de Ministros del Consejo Europeo de los Estados miembros sobre mediación en materia penal, de 15 de noviembre de 1999; b) Consejo de la Unión Europea, Decisión marco

Europa. El Foro es una organización con más de 300 miembros de toda Europa. A través de sus diversas actividades como asesoría, entrenamiento, conferencias y seminarios, publicaciones, escuelas de verano e investigaciones, el Foro es muy activo y ha contribuido sustancialmente al creciente cuerpo de conocimientos, prácticas y políticas sobre Justicia Restaurativa en los últimos años.

La justicia penal actual se basa en que la forma de motivar a las personas para que se comporten bien con las demás es amenazarlas con consecuencias severas si no lo hacen. Pero en este argumento se pueden encontrar varias falacias. En primer lugar, lo que nos hace comportarnos de forma correcta no es el miedo sino principalmente la autoestima. No queremos menospreciarnos a nosotros mismos. La fuerza disuasoria no funciona a menos que le persona se pare a pensar acerca de las probabilidades de ser atrapado, calcule que el riesgo es alto y, sabiendo cuál puede ser el castigo, tenga miedo.

La Justicia Restaurativa empieza cuando una persona admite que ha participado en un acto delictivo dañoso. Se argumenta que en un sistema restaurativo es más probable que el acusado admita esto porque la aceptación de su responsabilidad le ofrece la oportunidad de corregir el daño y empezar de nuevo, mientras que el sistema punitivo concluye en castigo. Algunas personas no estarán interesadas en reparar el daño, pero otras sí querrán expresar su pesar y otras, al menos, preferirán la reparación del daño al castigo.

Una vez que la responsabilidad es aceptada, la Justicia Restaurativa ofrece una serie de preguntas: ya no se trata de: ¿quién es el culpable y cómo debe ser castigado? Sino de ¿quién ha sido afectado y cómo se pueden corregir los efectos dañosos que su conducta haya podido provocar? Esto lleva a la víctima a participar del procedimiento: no como un testigo que ayuda al Fiscal a probar que el acusado es culpable pero sí como una persona que ha sufrido un daño²¹.

de 15 de marzo de 2001 sobre el Estatuto de la víctima en el proceso penal (2001/220/JHA); c) Naciones Unidas (2002/12) Principios básicos sobre la utilización de Programas de Justicia Restaurativa en materia penal; d) Manual de las Naciones Unidas sobre Justicia Restaurativa.

²¹ WRIGHT, Martin “Derecho, Justicia y la idoneidad para su fin: hacia una respuesta restaurativa para la delincuencia” (Conferencia pronunciada en el *I Congreso internacional sobre Justicia restaurativa y Mediación Penal*, cit.). (Experto en Justicia Restaurativa. Mediador en el Servicio de mediación de Lambeth – Londres-).

El uso de la justicia reparadora no menoscaba el derecho de los Estados a perseguir a los delincuentes, es decir, el *ius puniendi* del Estado sigue vigente. Únicamente se pretende complementarlo con otras medidas. Como rasgos principales podemos destacar:

a) Los procesos restaurativos deben utilizarse únicamente cuando haya pruebas suficientes para inculpar al delincuente, y con el consentimiento libre y voluntario de la víctima y del delincuente.

b) La víctima y el delincuente podrán retirar ese consentimiento en cualquier momento del proceso.

c) Se llegará a los acuerdos de forma voluntaria y solo contendrán obligaciones razonables y proporcionadas.

d) La víctima y el delincuente normalmente deben estar de acuerdo sobre los hechos fundamentales de un asunto como base para su participación en un proceso restaurativo.

e) La participación del delincuente no se admitirá como prueba de admisión de culpabilidad en procedimientos jurídicos ulteriores.

f) La Mediación puede desarrollarse en diversas fases del proceso penal: Instrucción; Juicio oral; Final. Consta de varias fases: contacto; acogida; encuentro dialogado; acuerdo.

g) Se debe evitar la mediación: en supuestos de delitos en sujeto pasivo o colectividad o intereses difusos.

h) Se trata de un modo de operar en la justicia penal más humano, sin que se resienta la seguridad jurídica y los fines de prevención general del Derecho penal.

M. Wright apunta cuatro razones principales por las que la Justicia Restaurativa es diferente de la actual justicia penal, con efectos tanto para la víctima como para el infractor:

1- Hay muchos casos donde las partes se conocen y no está muy claro quién es el infractor y quién es la víctima. El sistema penal tradicional etiqueta a uno como delincuente, le pone antecedentes penales y acaba con su relación. Un proceso restaurativo ofrece la oportunidad a ambos de reflexionar en el conflicto que subyace al delito, puede ser resuelto a través de la mediación y no necesariamente el caso tiene que entrar en el sistema de justicia penal.

2- La víctima participa en el procedimiento, puede hacer preguntas y obtener respuestas que la ayudan a comprender el incidente y en qué condiciones viven algunas personas dentro de la comunidad. Además pueden discutir acerca de la forma más adecuada en que el infractor debe hacer la reparación del daño.

3- La Justicia Restaurativa reconoce que la víctima del delito no es necesariamente la única persona afectada. Por ejemplo, la familia del infractor puede sufrir ansiedad o sentir vergüenza. En algunos países se utilizan las “conferencias restaurativas” –en Nueva Zelanda fueron introducidas en 1989- y ahora el Foro Europeo de Justicia Restaurativa está estudiando su uso en Europa.

4- El infractor puede dar respuestas y explicar lo que le ha llevado a comportarse de esa manera. Muchos infractores oyen el daño que han causado, quieren disculparse y hacer algo para poner las cosas en su lugar. La participación en la mediación puede contribuir a ello.

En relación a la víctima, la mediación penal persigue tres objetivos:

- 1) La reparación o resarcimiento del daño
- 2) La recuperación del sentimiento de seguridad, como forma ésta de reparación simbólica
- 3) La resolución de problemas asociados a la victimización secundaria derivados de la reiterada llamada al proceso del ofendido como testigo

En relación a la persona acusada y/o condenada se trata de evitar los efectos que el actual procedimiento penal genera:

- 1) Sufrimiento personal que supone la pérdida de libertad
- 2) Interiorización de actitudes manipuladoras y pautas de desconfianza
- 3) Nulo aprendizaje de respeto a los bienes jurídicos protegidos por el Derecho Penal
- 4) Ausencia de responsabilización frente a la conducta infractora
- 5) Intenso deterioro de las facultades psicológicas y físicas
- 6) Se dificultan los procesos de reinserción social y se incrementan las posibilidades de reiteración delictivas

A través de la mediación se trata de:

- 1) Víctima:
 - mantener la intervención procesal de la víctima
 - facilitar la transformación del miedo e incertidumbre en confianza y seguridad vital
 - reparación del daño sufrido
- 2) Persona acusada:
 - responsabilización de la conducta infractora
 - aprendizaje de actitudes de empatía
 - esfuerzo de reparación con la aplicación de las consecuencias psicológicas correspondientes

- medidas alternativas que tiendan a dar solución a las causas que subyacen en la conducta infractora

- Previene la “escalada del conflicto”
- Implica un aspecto educativo –menos reincidencia
- menos estigma social –favorece la reinserción

3) Sociedad civil:

- facilita el diálogo comunitario
- reconstruye la paz social quebrada por el delito y minimiza las consecuencias negativas

- devuelve el protagonismo a la sociedad civil
- controla el aumento de la población reclusa
- incremento de confianza en la administración de justicia penal

- protege la esfera civil: más y mejor manejo de los conflictos a nivel comunitario con la participación directa de las partes afectadas.

- Acometer reformas de las leyes procesales y penales que permitan introducir y ordenar la mediación intraprocesal, cumpliendo con las obligaciones que nos incumben conforme a la Decisión Marco de 15 de marzo de 2001, de la Unión Europea, sobre el estatuto de la víctima en el proceso penal.

- Cuando se ha alcanzado un acuerdo, fruto de la mediación penal, la comunidad debe proporcionar los medios necesarios para que el infractor pueda llevarla a cabo. Si se ha comprometido a hacer trabajos en beneficio de la comunidad para reparar el daño, deberá tener la oportunidad para ello, bien a través de ONGs, Ayuntamiento, Servicios Sociales, etc. En el caso de que necesite trabajar para ganar dinero y pagar la reparación, facilitarle las habilidades para llevarlo a efecto.

1.2. Los principios informadores de la mediación penal son:

- Voluntariedad:

Tanto víctima como acusado deben participar voluntariamente en la mediación. No se puede obligar a ninguna de las partes. Si una de las partes se niega, no se podrá llevar a cabo la mediación.

- Gratuidad:

Las partes no deben pagar honorarios ni al mediador/es ni a los demás operadores jurídicos.

- Confidencialidad:

El juez no tendrá conocimiento del proceso salvo lo pactado en el documento final – acta de acuerdos-, y lo que las partes deseen expresar en el acto de la vista oral. Si alguna de las personas quiere desistir de la mediación realizada, hasta antes del inicio de juicio oral, ni el juez, ni el fiscal, ni abogados acusadores o defensores, pueden utilizar dato o expresión alguna recogida en el acta de acuerdos.

Es decir, las expresiones vertidas verbal o documentalmente en el acta de reparación únicamente tendrán valor de prueba si son ratificadas como tales por la víctima y el acusado en el acto del juicio oral.

De lo contrario, lo manifestado en el proceso de mediación podría ir en contra de la presunción de inocencia y además desincentivaría a las partes para acudir a la mediación, ante el riesgo de que su conclusión sin éxito se pudiera utilizar como incriminación o prueba de cargo.

- Oficialidad:

Le corresponde al juez, previo acuerdo o iniciativa del Ministerio Fiscal o del abogado defensor, la derivación de los casos al Servicio de Mediación Penal. Esta derivación puede ser de oficio o a instancias de cualquier de las personas implicadas como partes procesales.

- Flexibilidad:

El proceso de mediación debe ser flexible en cuanto a los plazos específicos para las entrevistas individuales y la conclusión del proceso. No obstante, se establecerán plazos temporales para la suspensión del proceso penal durante el desarrollo de la mediación, así como obligaciones del mediador para que informe periódicamente de su evolución.

El proceso de mediación no puede paralizar excesivamente la instrucción: plazo máximo de 1 mes, ampliable a otro más a petición razonada del mediador. Además, habría que incorporar la mediación a la suspensión de los plazos para la preinscripción.

De ninguna manera la determinación del contenido reparador exigido por la víctima podrá suponer una pena que exceda de las previsiones establecidas en el Código Penal.

- Bilateralidad:

Ambas partes tienen oportunidad para expresar sus pretensiones, con las limitaciones que imponga el mediador para el buen desarrollo de la mediación.

Esto no impide que la mediación se desarrolle sin el encuentro dialogado y presencial de la víctima con el acusado, si la víctima no quiere encontrarse con el acusado.

2. ÁREAS SUSCEPTIBLES DE APLICAR LA MEDIACIÓN PENAL

a) Mediación penal de menores

El delito no significa que exclusivamente se produzca una ofensa al Estado. Se ven implicadas otras muchas personas. Las normas penales no prevén la mediación como un procedimiento a seguir a excepción de determinados supuestos o experiencias. Uno de esos supuestos lo constituye la responsabilidad de los menores, siempre y cuando se trate de actuaciones que no impliquen homicidio, asesinato, delitos contra la agresión sexual y terrorismo. Es decir, será susceptible de aplicarse la mediación en conductas tales como faltas o delitos de poca entidad, y siempre y cuando no haya violencia o intimidación.

La Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre de 2006, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor – LORRPM- es una ley formalmente penal pero de carácter materialmente educativa. No es una ley retribucionista. Se inspira en el principio del superior interés del menor. En la citada Ley se establecen unas modificaciones que afectan a la reparación y conciliación²². Esta Ley prevé dos modalidades diferentes en función del momento procesal en que se lleve a cabo el acuerdo del menor y la víctima, por lo que sus efectos jurídicos son también diferentes: así, si se cumplen todos los requisitos previstos en el artículo 19, en la fase de instrucción del proceso, se dará lugar al sobreseimiento de la causa, mientras que si se cumplen los presupuestos del artículo 53.1, ya en fase de ejecución de la sentencia, se posibilita la suspensión o sustitución de la medida impuesta.

1.a) Sobreseimiento de la causa por conciliación o reparación entre el menor y la víctima o perjudicado:

-En este primer caso, la conciliación consumada plenamente se convierte en mecanismo no sólo de aceleración del proceso –puesto que se archiva la causa- sino también en método para poner fin al conflicto.

-Por imperativo legal, las labores de mediación corresponden al equipo Técnico de Menores –ETM- (art.19.3 LORRPM). Su labor es de naturaleza pericial al inicio y no vinculante, pues es al Ministerio Fiscal al que corresponde controlar el cumplimiento de los presupuestos legalmente establecidos para iniciar una conciliación y/o reparación. Aunque el juez de Menores no participa en el proceso de mediación, le corresponde una importante

²² Artículo 18.1º: “El Ministerio Fiscal podrá desistir de la incoación del expediente cuando los hechos denunciados constituyan delitos menos graves sin violencia o intimidación en las personas o faltas, tipificados en el Código Penal o en las leyes penales especiales. En tal caso, el Ministerio Fiscal dará traslado de lo actuado a la entidad pública de protección de menores para la aplicación de lo establecido en el artículo 3 de la presente Ley. Asimismo, el Ministerio Fiscal comunicará a los ofendidos o perjudicados conocidos el desistimiento acordado”.

Artículo 19: “A efectos de lo dispuesto en el apartado anterior, se entenderá producida la conciliación cuando el menor reconozca el daño causado y se disculpe ante la víctima, y ésta acepte sus disculpas, y se entenderá por reparación el compromiso asumido por el menor con la víctima o perjudicado de realizar determinadas acciones en beneficio de aquéllos o de la comunidad, seguido de su realización efectiva. Todo ello sin perjuicio del acuerdo al que hayan llegado las partes en relación con la responsabilidad civil”.

función de control o fiscalización, como es el de dictar el sobreseimiento del asunto, por auto motivado y a solicitud de Ministerio Fiscal.

- Los presupuestos básicos son que se trate de delitos menos graves o faltas, sin violencia o intimidación²³ y que haya un acuerdo de conciliación o compromiso de reparación del menor con la víctima²⁴

1.b) La sustitución de las medidas por conciliación menor/víctima:

-El artículo 51.3 LORRPM dispone que el acuerdo de conciliación del menor con la víctima, en cualquier momento que se produzca, podrá dejar sin efecto la medida impuesta. Aquí la ley se refiere sólo al “acuerdo de conciliación” por lo que parece que no es aplicable esta posibilidad a un eventual compromiso de reparación menor/perjudicado.

- El órgano competente para acordar dejar sin efecto la medida al menor es el Juez de Menores que conoció del asunto en primera instancia y competente, por tanto, para el control de la ejecución de la sentencia (art.44.1 LORRPM). Esta facultad no la tiene de oficio sino que deberá hacerse a instancia del Ministerio Fiscal o del letrado del menor (art.51.2).

- En cuanto a los presupuestos: la ley requiere la existencia de un acuerdo de conciliación menor/víctima; la Ley no establece ningún límite respecto a los hechos enjuiciados o a la gravedad de la medida impuesta, por lo que se amplía el ámbito de conciliación respecto de lo establecido en el art.19 LORRPM; la estimación favorable de la existencia de conciliación entre el menor/víctima en la fase de ejecución por el Juez de Menores implica dejar sin efecto la medida impuesta al menor.

²³ Parece que el legislador ha querido distinguir claramente, de un lado, el modo de la comisión del hecho delictivo –sin violencia o intimidación graves (art.19.1)-y, de otro, la naturaleza del ilícito penal –delito menos grave o falta (art.19.1.II).

²⁴ Respecto del acuerdo de reparación hay que destacar dos aspectos importantes: 1) Este acuerdo es independiente del acuerdo al que hayan llegado las partes en relación a la responsabilidad civil; 2) El acuerdo de reparación puede consistir, no sólo en acciones en beneficio de las víctimas o perjudicados, sino también en beneficio de la comunidad, con lo que se subraya la diferencia entre la reparación penal y la civil –ya que esta última va directamente encaminada a reparar o resarcir a las víctimas o perjudicados por los daños que les haya podido suponer la comisión de un hecho delictivo-. (Vid. BELLOSO MARTÍN, Nuria, “Mediación penal de menores”, en *Estudios sobre mediación: La Ley de Mediación Familiar de Castilla y León* (Coordinadora: N. Belloso Martín). Consejería de Familia e Igualdad de Oportunidades de la Junta de Castilla y León, Valladolid, Indipress, 2006, pp. 293-324).

b) Mediación penitenciaria

La aplicación de la mediación en los centros penitenciarios constituye un reto, ya que se trataba de adaptar el proceso de mediación a un contexto enormemente conflictivo, punitivo y jerarquizado como es la prisión. Se comenzó en marzo de 2005 en el Centro penitenciario de Madrid III. Valdemoro²⁵, y se ha ido extendiendo a otras cárceles españolas como la de Málaga, Nanclares, Pamplona, Zuera y Granada.

Se inició la experiencia de mediación interpersonal en la cárcel entre las personas presas que habían tenido conflictos interpersonales. Permite que las personas inmersas en un conflicto interpersonal que origine la incoación de un procedimiento disciplinario profundicen en su conflicto de forma dialogada, utilizando actitudes de escucha, respeto y asumiendo la responsabilidad por los hechos realizados, de forma que puedan restablecer o pacificar la relación interpersonal para la prevención de nuevas agresiones. Se pretende devolver a las personas privadas de libertad parte de la percepción del control sobre sus vidas. Se presenta como un método eficaz para la reducción de violencia dentro del ámbito penitenciario.

Los objetivos de la mediación penitenciaria tienen una triple vertiente:

- Objetivos dirigidos al tratamiento penitenciario: asunción de la parte de responsabilidad de la conducta infractora y de su participación en el conflicto interpersonal, aprendizaje de conductas de diálogo y de escucha dirigida a comprender la posición del otro; aprendizaje de adopción de decisiones personales y autónomas en el conflicto.
- Objetivos dirigidos hacia la convivencia penitenciaria: pacificación de las relaciones internas dentro de los módulos a través de la difusión, entre las personas presas de este sistema dialogado en la solución de conflictos; disminución de la

²⁵ En la exposición de la Mediación Penitenciaria vamos a seguir, principalmente, el trabajo de LOZANO ESPINA, Francisca, “La mediación penitenciaria”, en N. González-Cuellar Serrano (Director), *Mediación: un método de ? conflictos. estudio interdisciplinar*. Madrid, Colex, 2010, pp. 175-191. También, *vid.* RÍOS MARTÍN, Julián Carlos; PASCUAL RODRÍGUEZ, Esther y BIBIANO GUILLÉN, Alfonso, *La mediación penal y penitenciaria. Experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano*. Madrid, Colex, 2006; y de los mismos autores, *La mediación penitenciaria. Reducir violencias en el sistema carcelario*. Madrid, Colex, 2005.

reincidencia en las infracciones debido al carácter suspensivo de la sanción, en función del cumplimiento de los acuerdos; reducción de las intervenciones administrativas y judiciales, dando entrada al principio de oportunidad y a la economía procesal.

- Objetivos dirigidos al beneficio de las personas privadas de libertad: reducción de la ansiedad como consecuencia directa de la desaparición o, al menos, disminución del conflicto interpersonal. El temor a la posibilidad de sufrir represalias por la participación en un conflicto genera un alto nivel de estrés; aumento de la sensación de control, al ser ellos mismos los que deciden acerca de la posibilidad de mediar o no; disminución de los perjuicios al penado y su familia por la aplicación del Reglamento Penitenciario²⁶.

La mediación penitenciaria tiene un proceso, integrado por diversas fases:

1) Fase de derivación:

Es el momento en el que se recibe una solicitud de mediación, proveniente de la Subdirección de Régimen del Centro a través de tres vías distintas: a) La incompatibilidad: los internos son calificados de incompatibles una vez producido el conflicto, lo cual significa que serán separados en todos los espacios en los que coincidieran previamente (módulo, escuela, patio). La mediación será la única forma de intentar superar esa incompatibilidad; b) La sanción: cuando se produce el conflicto se da apertura, por parte de la Comisión disciplinaria del Centro –CDC- a un procedimiento disciplinario para determinar qué sanción imponer a cada implicado. Si la CDC lo considera oportuno, lo puede remitir al equipo de mediación, lo cual podrá influir en la decisión última respecto a la sanción pendiente; c) la instancia: es el propio interesado quien solicita entrevista con los mediadores para intentar poner fin a un conflicto con algún compañero.

2) Fase de acogida (I):

²⁶ Si se logra eliminar la sanción como resultado final de la mediación, se rescindirá la posible pérdida de permisos u otros privilegios que harán que mejore la calidad de vida de las personas privadas de libertad.

Se parte de una entrevista individual con cada uno de los implicados. Se les explica el concepto y principios informadores de la mediación. Seguidamente, se realiza una previa indagación sobre el conflicto. Si el implicado acepta la mediación, se continúa indagando acerca de su estado de régimen (permisos, destino), su vida fuera de prisión, los apoyos con los que cuenta, el conflicto (circunstancias en que ocurrió, emociones, rol que se atribuye), su disposición y expectativas con respecto a la mediación. Si la persona no acepta seguir, se cierra el expediente y ya no se contacta con el otro implicado. Si acepta seguir, se realiza la misma operación con el otro implicado.

3) Fase de Acogida (II):

Se reafirman los contactos con las partes implicadas antes de que se produzca el encuentro entre las mismas.

4) Fase de encuentro dialogado:

Las dos partes en conflicto se reúnen con los mediadores. Mediante la comunicación se trabaja en la gestión y resolución del problema. Puede suceder que una de las partes se muestre suspicaz con respecto a qué información habrá dado el otro implicado a los mediadores; o también, que los implicados participen sin creer en la mediación, movidos por su interés en conseguir algún resultado beneficioso.

Los mediadores finalizarán con la redacción de un Acta de Reconciliación firmado por las partes y por el mediador. El acta se entrega a la oficina de Régimen para que sea tenida en cuenta en la siguiente reunión de la Comisión Disciplinaria.

5) Fase de seguimiento:

Una vez transcurridas una o dos semanas, es conveniente realizar un seguimiento para comprobar el grado de cumplimiento de los acuerdos. Se puede hacer a través de una entrevista informal.

3.ÁREAS CONTROVERTIDAS PARA APLICAR LA MEDIACIÓN PENAL

En principio, no debería excluirse ninguna infracción. La derivación a mediación no debe responder a criterios objetivos que atiendan exclusivamente a los tipos penales sino que debe tomar en consideración:

- a) el criterio subjetivo de la presencia como sujeto pasivo en el supuesto de víctimas que sean personas físicas
- b) la vulneración de derechos eminentemente personales

Algunos autores opinan que se debe limitar a faltas y delitos menos graves. Otro sector de la doctrina sostiene que se debe excluir la mediación de las faltas menos graves (son nimiedades, que no merecen inversión de servicios escasos) y extenderlo a delitos graves, en bien de la víctima y con las consecuencias que sean posibles (atenuante, indulto).

Entendemos que la mediación se puede aplicar a todas las faltas a excepción de las recogidas en el Título III –Faltas contra los intereses generales- (arts. 629 a 632 CP) y las recogidas en el Título IV, De las faltas contra el orden público (arts. 633 a 637 CP.).

Destacamos algunos supuestos especialmente controvertidos:

3.1. Mediación en delitos de peligro

Se trata de delitos de peligro abstracto en los que no existe víctima concreta, por ejemplo, en los delitos contra la salud pública

-Como argumentos a favor: ponen el énfasis en la obtención de responsabilización del acusado respecto de la conducta infractora por medio del diálogo con personas que han sufrido el delito.

- Como argumentos en contra: puede tener naturaleza terapéutica pero escasa trascendencia para la víctima.

Se discute sobre si la mediación se debe limitar a supuestos en los que la titularidad de esos bienes jurídicamente protegidos corresponda exclusivamente a personas físicas. Por ejemplo, casos en los que confluyen personas físicas y jurídicas. Vg. Supuestos de robo con violencia e intimidación en el interior de una oficina bancaria, en el que la entidad financiera es la víctima del despojo patrimonial pero también lo son sus clientes por la violencia e intimidación sufrida.

3.2. Mediación en delitos de atentado, resistencia y los cometidos por funcionarios públicos

Se plantean dudas ante la desigualdad institucional ante la que se encuentran las partes.

3.3. Mediación en caso de que sean varios los acusados y unos quieran someterse al proceso de mediación y otros no

El reconocimiento de los hechos de uno de ellos puede influir directamente en el derecho a la defensa de los demás.

. Se exige una valoración de los diferentes intereses de los acusados y de los desequilibrios de poder

. Los resultados de la mediación por sí sola no pueden constituir prueba de cargo para el resto de los co-imputados

3.4. Mediación para personas reincidentes

La mediación no se puede excluir por delitos anteriores pues los momentos vitales en que se cometen las infracciones son diferentes y pueden necesitar de un tratamiento diferente

3.5. Mediación si la víctima es menor de edad o incapaz

Es posible la mediación con la necesaria intervención de los representantes legales y del Ministerio Fiscal, valorando en todo caso la comprensión y elaboración de los conflictos.

Se debe seguir la voluntad del menor solo si ha cumplido 16 años (edad de emancipación).

En los demás casos de discrepancia, o bien predomina la voluntad de su representante legal, o bien se deja la decisión al Fiscal, como defensor de los intereses del menor.

3.6. Mediación que no llega a buen puerto por la injustificada oposición de la víctima

Pese a las “buenas ofertas” del infractor, puede informar de ello el mediador y el infractor puede obtener beneficios en principio reservados a los casos de mediación exitosa.

3.7. Mediación en delitos de violencia de género

En España, a pesar de las Leyes promulgadas a efectos de atajar los actos de violencia de género, no se ha apreciado una disminución de los tales casos sino que, por el contrario, se ha experimentado un incremento. Prácticamente hay una media de cuatro denuncias diarias. La mayoría son denuncias como resultado de los atestados llevados a cabo por la policía; otras, por remisión de los partes de lesiones desde los centros hospitalarios; las menos, las presentan las propias víctimas²⁷.

La mediación se encuentra excluida por el art. 44.5 LO 1/2004, de 28 de diciembre, de *Medidas de protección integral contra la violencia de género*. Es curioso que se prohíba lo que ni siquiera está previsto en la ley²⁸.

Hay varios obstáculos para realizar una mediación en este supuesto²⁹:

-Legal: La mediación penal no puede imponer pena alguna: ni privación de libertad, ni orden de alejamiento o prohibición de aproximación o residencia) y sus acuerdos no son directamente ejecutables. La obligatoriedad de imposición en estos delitos de la pena accesoria de alejamiento podría salvarse modificando el art. 57 CP en el sentido de eliminar el carácter obligatorio de la imposición de tal pena y dejarlo al arbitrio judicial en los casos en los que hubiera existido conciliación entre la víctima y la persona condenada.

²⁷ Vid. el II Informe anual del Observatorio Estatal de violencia sobre la mujer, en el que se ofrecen los porcentajes de las denuncias de violencia sobre la mujer y otras informaciones al respecto, de fecha de 12 de mayo de 2009 (www.observatorioviolenciadegenero.es).

²⁸ Según el artículo 1 de esta Ley 1/2004, violencia de género es “la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aún sin convivencia”. La violencia de género comprende “todo acto de violencia física o psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad”. También la Ley 1/2006, de 6 de abril, de Mediación familiar de castilla y León, en su artículo 2.1, excluye la mediación en estos casos: “Quedan expresamente excluidos de mediación familiar los casos en los que exista violencia o maltrato sobre la pareja, los hijos, o cualquier miembro de la unidad familiar”.

²⁹ La mayoría de la doctrina subraya estos dos obstáculos. Vid. CASTILLEJO MANZANARES, Raquel, “Mediación en violencia de género, una solución o un problema”, en N. González-Cuéllar Serrano (Director), *Mediación: un método de ? conflictos. estudio interdisciplinar*. Madrid, Colex, 2010, pp.193-204. También, ESQUINAS VALVERDE, Patricia, *Mediación entre víctima y agresor en la violencia de género. La mediación entre la víctima y el agresor en el ámbito de la violencia de género: ¿una oportunidad o un desatino?*. Valencia, tirant lo blanch-Universidad de Granada, 2008.

- Relacional: Notable desigualdad que pueda existir entre las partes en relación con el desequilibrio de poder. Esta desigualdad hiere la mediación. Es la voluntad de las partes y el informe realizado por un mediador, que en este caso debería ser también psicólogo, quien debería determinar la posibilidad de realización.

-Afecta a varios de los principios básicos de la mediación: voluntariedad, confianza, bilateralidad, empatía y otros.

Ello desemboca en el establecimiento de varios argumentos en contra de la mediación:

a) La mediación conlleva un riesgo para la integridad física de los afectados, pues no puede, por sí sola, detener el ejercicio de la violencia;

b) La mujer, debido a sus características peculiares, se expone a ocupar una posición de inferioridad en el marco de las negociaciones;

c) La técnica de la mediación, procedente de otras tradiciones jurídicas, puede resultar difícil de importar al Ordenamiento jurídico-penal español;

d) Recurrir a la mediación supone la pérdida del efecto simbólico característico del Derecho penal: no satisface los fines de la prevención general;

e) Un simple encuentro de mediación no es suficiente para modificar la conducta violenta del agresor;

f) La mediación es imposible en un contexto de desequilibrio de poder entre la mujer maltratada y su agresor;

g) La comunidad social de referencia de los afectados no siempre va a desempeñar un papel de reprobación y censura del comportamiento violento del agresor.

Como argumentos a favor se esgrimen:

a) El carácter discursivo de la mediación como forma de resolución de conflictos puede resultar especialmente útil en delitos de naturaleza relacional;

b) Las dinámicas emocionales durante los encuentros de mediación pueden ayudar al agresor a reconocer su responsabilidad;

c) La mediación reivindica o recupera socialmente a la víctima y le permite expresar libremente su versión de los hechos

Algunos autores defienden que el ámbito doméstico es un medio indicado para transformar el conflicto entre personas relacionadas dentro del mismo. Transcribimos algunas ideas de R. Castillejo al respecto: “No sólo puede permitir que la víctima se sienta reparada, sino también que se restablezcan los cauces de comunicación rotos o deteriorados, para que se adopten las decisiones civiles oportunas de separación y divorcio o, en su caso, de restablecimiento relacional. Resulta evidente la dificultad de estas mediaciones y las consecuencias negativas que pueden generar, pero el sistema penal tampoco garantiza la vida ni la integridad física de las víctimas. El desencuentro violento no se canaliza positivamente con medidas cautelares de alejamiento, o de carácter civil, o con la condena a pena de prisión. Estas medidas tienen, sin duda, un efecto preventivo y de reproche; son necesarias, pero lo que subyace en los conflictos violentos en el ámbito doméstico es un deterioro relacional, cuya posible solución apunta justamente a un procedimiento que tiende a restablecer la comunicación para que se adopten las medidas civiles oportunas. Claro está, siempre que sea posible, y previo trabajo individualizado de carácter terapéutico o pedagógico”. Por ello sostiene que se deba suprimir la norma que prohíbe la mediación en los delitos de violencia de género “pues la limitación que impone no tiene justificación, siempre que esa mediación se desarrolle correctamente teniendo en cuenta la asimetría y desigualdad de poder que pueden existir en la relación entre víctima y persona acusada”³⁰.

³⁰ Esta situación se puede corregir con la libertad de las partes para intervenir en la mediación, manifestada en la firma del documento del consentimiento informado, previo informe realizado por un mediador-psicólogo, después de las primeras entrevistas. Si se quiere reforzar aún más la garantía de la voluntariedad, se podría establecer un mecanismo de ratificación de la voluntad de la víctima a presencia del Ministerio Fiscal (CASTILLEJO MANZANARES, R., *op.cit.*, p.200).

Se sostiene que en determinados hechos tipificados como de violencia de género, cabría un tratamiento distinto, menos criminalizado, más centrado en el problema como una cuestión de pareja. En este marco, la mediación persigue el tratamiento integral del conflicto, partiendo de la buena acogida que la mediación tiene para gestionar los conflictos de pareja, donde se tratan cuestiones tan íntimas y personales.

Todo ello ha acabado desembocando en algunas propuestas para un posible modelo de mediación aplicado a la violencia de género, pero que tendría que partir de adoptar determinadas prevenciones³¹:

- a) Precaución nº 1: equilibrar la posición de la mujer respecto de su ex pareja masculina. Proceso de “fortalecimiento” o de “adquisición de poder” (*empowerment*) por parte de la víctima;
- b) Precaución n.º 2: equilibrar la posición del agresor respecto de la víctima; asegurar sus garantías procesales durante el proceso de mediación;
- c) Precaución n.º3: preservar la seguridad de la víctima a través de medidas aplicadas antes, durante y después de los encuentros;
- d) Precaución n.º4: a efectos de iniciar un proceso de mediación, el agresor debe previamente haber reconocido su implicación en los hechos;
- e) Propuesta final: elaborar un modelo mixto entre las formas de intervención de la Justicia tradicional y de la Justicia restauradora en este ámbito.

En definitiva, consideramos que se debería:

- a) Rechazar la aplicación de la mediación en aquellos supuestos que impliquen una prolongada historia de agresiones, maltrato y dominación por parte del hombre sobre su (ex) pareja femenina. Es decir, no cabrá la mediación en supuestos en los que por razón de los graves hechos de violencia física, o reiterados actos de violencia física, la situación de la mujer sea de indefensión.

³¹ Seguimos aquí lo acertadamente expuesto por ESQUINAS VALVERDE, P., *op.cit.*

Bajo estas circunstancias, un proceso de acercamiento y de diálogo entre las partes resultaría excesivamente peligroso para la víctima, en la medida en que ésta se encontraría todavía atrapada en una dependencia psicológica, emocional y puede que social y económica respecto a su agresor.

b) Aceptar la aplicación de la mediación en aquellos episodios esporádicos y aislados, en su caso primeros o únicos, de agresión, en los que el ataque físico psicológico por parte del varón no se integre en una larga espiral de violencia.

Se trataría de:

- Cuidar la seguridad, autoafirmación y reivindicación de los derechos de la víctima
- Tratamiento psicológico, asunción de responsabilidad y posibilidad de solicitar y recibir perdón en el caso del autor.

Es decir, habría que adoptar algunas cautelas: por un lado, que los mediadores se sometan a un reciclaje continuo y a una especialización en ese ámbito; por otro, que los programas de mediación instauren procedimientos para mejorar la seguridad de las víctimas durante y después de la mediación (detectores de metales en las oficinas de mediación; guardias de seguridad y servicios de protección); por último, que la mujer víctima acepte someterse a este sistema una vez haya recibido la ayuda necesaria para situarse ante su agresor en condiciones de igualdad. En última instancia, será la voluntad de la víctima y el informe elaborado por los psicólogos los que determinen la posibilidad de realización.

c) Se podría valorar una habilitación (legal) extraordinaria, en función de:

- Grado y tipo de violencia (física o psíquica)
- Daños producidos
- Secuelas (físicas o psíquicas) y capacidad de recuperación
- Gravedad del episodio de violencia
- Existencia o no de otros perjudicados (hijos, ascendientes...)

- Periodicidad de la violencia
- Restablecimiento del equilibrio y de la igualdad.

Quizás se pudiera admitir la mediación en casos de violencia doméstica si se trata de una violencia no física, no grave, puntual, aislada, no continuada y siempre previo análisis de la situación por un equipo técnico que la avale³².

Conviene tener presente que la violencia de género da lugar a consecuencias penales y también a muchas consecuencias civiles (separación o divorcio, relaciones paterno-filiales, guarda y custodia de los hijos menores, derecho de alimentos y tantos otros). Los efectos civiles y penales no son separables. Dado que se ha prohibido la mediación penal en materia de violencia género debería extenderse también a los efectos civiles.

4. ALGUNAS CRÍTICAS A LA MEDIACIÓN PENAL

La mediación en general –no sólo la penal-, tiene todavía varias asignaturas pendientes, como la de su correcta comprensión e implantación como complemento a la Administración de Justicia para la solución de determinados conflictos y litigios hasta su imprescindible difusión, de manera que sea conocida por los ciudadanos. Consideramos que la mediación, especialmente la penal, sólo puede funcionar como mediación intra-judicial, es decir, yendo de la mano de la Administración de Justicia:

1- Debería regularse legalmente e institucionalizarse a través de un sistema público de mediación, incorporado a la Administración de Justicia y dependiente del Ministerio de

³² Vid. MARTIN DIZ, Fernando, “Mediación y violencia de género: matices y posibilidades” (Conferencia pronunciada en el I Congreso *Internacional sobre Justicia Restaurativa y Mediación Penal. Dimensiones teóricas y repercusiones prácticas*”, celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Burgos (España) entre los días 04 y 05 de marzo de 2010.

Justicia, como el modelo portugués³³. La mediación intrajudicial permitirá un adecuado aprovechamiento de las ventajas que implica la mediación y el sistema judicial sería un añadido al sistema de garantías del procedimiento.

2- Sería conveniente la creación de Oficinas de Resolución de Conflictos –ORC- y la configuración de la sede de los Juzgados como Tribunales “multipuertas”, es decir, en la propia sede de los tribunales, esta ORC pudiera informar al ciudadano de los servicios que tiene a su disposición para la resolución de sus conflictos, según las características que presentaran: el arbitraje, el proceso y la mediación³⁴.

Como objetivos referidos concretamente a la mediación penal podríamos apuntar los siguientes:

1- Instaurar un sistema integral, institucional y público de mediación para evitar riesgos tales como:

- Abuso o presiones por parte de la persona acusada a la víctima para llegar acuerdos y evitar la cárcel
- Abuso de la víctima exigiendo actos de reparación desproporcionados que excedan de los límites legales

³³ Vid. la Lei nº21/2007 de 12 de junio, de Portugal, por la que se crea un régimen de mediación penal, en ejecución del artículo 10 de la Decisão Quadro nº.2001/220/JAI, do Conselho de 15 de março, relativa ao estatuto da vítima em processo penal, dándose cobertura a las experiencias “piloto” de mediación penal: Artigo 14º. Período experimental: 1- A partir da entrada em vigor da presente lei e por um período de dois anos, a mediação penal funciona a título experimental nas circunstâncias a designar por portaria do Ministro de Justiça, a qual define igualmente os demais termos de prestação do serviço de mediação penal nessas circunscções. e da cobertura a las experiencias “piloto” de mediación penal. 2- Durante o período experimental, o Ministério de Justiça adotar as medidas adequadas à monitorizarão e avaliação da mediação em processo penal.

Esta Ley portuguesa establece, en su artículo 2, su ámbito de aplicación: 1- A mediação em processo penal pode ter lugar em processo por crime cujo procedimento dependa de queixa ou de acusação particular.- (...) 3- Independentemente da natureza do crime, a mediação em processo penal não poder ter lugar nos seguintes casos. A) O tipo legal de crime preveja pena de prisão superior a 5 anos; b) Se trate de processo por crime contra a liberdade ou autodeterminação sexual; c) Se trate de processo por crime de peculato, corrupção ou tráfico de influencia; d) O ofendido seja menor de 16 anos; e) Seja aplicável processo sumário o sumaríssimo.

³⁴ Nos adherimos a estas dos posibilidades propuestas por F. Martín Diz en (MARTIN DIZ, Fernando, “Mediación y violencia de género: matices y posibilidades” Conferencia *cit.*).

La solución podría ser la del establecimiento de la mediación dentro del proceso penal dotado de un sistema de garantías para prevenirlas y corregirlas.

2- En el hipotético caso de que hubiera interés por introducir la mediación penal en el ordenamiento jurídico español, quizás habría que hacerlo aprovechando una reforma global del proceso penal, es decir, reformando la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

3- La Ley debería establecer el estatuto profesional del mediador (código ético, colegios profesionales) y los principios esenciales del procedimiento.

Para hacer realidad los objetivos apuntados, conviene tener presentes las críticas que se formulan con respecto a estos mecanismos desjudicializadores³⁵, tales como:

- Vulneración de la presunción de inocencia (sin embargo, no se debe olvidar que el juez única y exclusivamente ha de basarse en los hechos probados para dictar sentencia, y el que se acuda a un proceso de mediación no es medio probatorio alguno de culpabilidad del sujeto encausado);

- La escasa transparencia y publicidad de los mismos, lo que puede traducirse en la ausencia de muchas de las garantías mínimas de cualquier proceso judicial;

- La falta de imparcialidad del organismo al que se confía las labores de mediación;

- La forma de configuración de la solución del conflicto, apartándose de las reglas jurídicas y desembocando muchas veces en la aplicación simple de la lógica de las relaciones de fuerzas económicas y sociales;

- Las graves limitaciones que en orden a la eficacia supone la carencia de poderes coercitivos en los sujetos que resuelven, lo que impide dictar medidas cautelares o iniciar procedimientos ejecutivos.

³⁵ Vid. SANZ HERMIDA, Ágata M^a., “La mediación en la justicia de menores”, en N. González-Cuéllar Serrano (Director), *Mediación: un método de ? conflictos. estudio interdisciplinar*. Madrid, Colex, 2010, p. 158.

- “Alegalidad” de las experiencias “piloto” de mediación penal en algunos juzgados de España: desde hace algunos años se están llevando a cabo esas experiencias, en las que contando con la aprobación del juez y del fiscal, se derivan algunos casos, al equipo de mediación, por entender que dadas sus circunstancias y características, esos casos podrían gestionarse a través de mediación. En algunos Juzgados es el equipo técnico el encargado de mediar (en algunos juzgados de lo Penal de Burgos) y, en otros, los servicios de mediación se han externalizado y se cuenta con un equipo *ad hoc* (VG. Juzgado de Instrucción Penal nº 3 de Valladolid).

- Sin embargo, no hay que olvidar que la mediación penal no está regulada en el ordenamiento jurídico español. Es más, algunas de las referencias que se hacen sobre la misma es para prohibirla, como en la Ley de Protección Integral de la Violencia de género, ya citada, en su artículo 44.5, prohíbe la mediación en estos casos (LOPJ, art.87, ter.5); también lo hace la Ley 1/2006, de 6 de abril, de Mediación Familiar de Castilla y León de 2006 (art. 2.1). Como hemos visto, sólo está regulada y admitida en la Ley de Responsabilidad del Menor.

- Difícil encaje en el marco procesal penal español actual, chocando con diversos principios tales como el principio de necesidad, el principio acusatorio, el papel del Ministerio Fiscal y otros. Baste analizar el principio de legalidad y el principio de oportunidad:

○ El principio de legalidad confiere indisponibilidad a las normas e imperatividad en su observancia, lo que implica que el procedimiento penal tenga carácter necesario excluyendo la posibilidad de cualquier acto de disposición o acuerdo para solucionar el conflicto originado por el hecho delictivo. En este contexto, la mediación no sería posible.

○ El principio de oportunidad se configura como un elemento corrector o flexibilizador de la rigidez del principio de legalidad, de tal manera que se pueda tener un ámbito de discrecionalidad sobre el ejercicio de la acción penal. Este principio ya rige en las legislaciones de países de nuestro entorno (Dinamarca, Bélgica,

Noruega, Francia) pero no en nuestro ordenamiento, lo que dificulta la aceptación de la mediación.

Podríamos concluir que los efectos de la mediación penal dependerán de³⁶:

- Si se trata de delitos *privados* –muy escasos- se puede evitar el proceso o terminarlo por la propia voluntad del ofendido.

- Si se trata de delitos *semipúblicos*, que sólo pueden perseguirse a instancia de parte, la mediación penal podría operar:

○ como un mecanismo previo de solución del litigio que evitaría la realización del proceso, pues la víctima podría obtener la reparación del daño a través del acuerdo de mediación

○ en procesos ya iniciados por propia denuncia o querrela de la persona ofendida, el acuerdo podría determinar el perdón del acusado o la retirada de la denuncia

- Sin embargo, para la generalidad de las infracciones penales, particularmente delitos, de carácter *público*, y con un grado de disponibilidad para las partes, incluido el Ministerio Fiscal, muy limitado o nulo, la mediación habrá de ceñir sus efectos en el proceso penal, generalmente, bien a la fase de la solicitud y aplicación de la pena correspondiente, mediante el juego de la atenuación de la responsabilidad penal, bien a la fase de la sentencia condenatoria, mediante la suspensión o sustitución de la pena privativa de libertad impuesta.

Se ha iniciado el recorrido por este camino de la mediación penal que se presenta largo, sinuoso en ciertos recovecos y angosto en otros, y en el que se vislumbran luces y sombras. Habrá que esperar a los resultados de las experiencias “piloto” para, con mayor

³⁶ MAGRO SERVET, Vicente; CUÉLLAR OTÓN, Pablo; y HERNÁNDEZ RAMOS, Carmelo, “La experiencia de la mediación penal en la Audiencia provincial de Alicante”, en N. González-Cuéllar Serrano (Director), *Mediación: un método de ? conflictos. estudio interdisciplinar*. Madrid, Colex, 2010, p.120.

certeza, estar en condiciones de determinar la viabilidad de la mediación penal y resultados satisfactorios en nuestro ordenamiento jurídico.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA TORRES, Andrea, “Críticas ao tratamento penitenciário e a falácia da resocialização”, en João de ALMEIDA y João Luz da SILVA ALMEIDA (editores), *Sistemas punitivos e Direitos Humanos na Ibero-América*. Rio de Janeiro, Editora Lumen Iuris, 2008, pp. 59-76.

-AA.VV., *Estudios de Derecho Judicial*, nº3, 2007, Madrid.

- BECCARIA, Cesare, *Dei delitti e delle pene*, XXVII, Ed. di P. Calamandrei, Florencia, 1950.

-BELLOSO MARTÍN, Nuria, *Poder punitivo y justicia. Hacia una filosofía de la pena*. En: "Persona y Derecho. Homenaje al Prof. J. Hervada". Universidad de Navarra, nº 41, vol.II (1999) pp.525-578.

_____ “Mediación penal de menores”, en *Estudios sobre mediación: La Ley de Mediación Familiar de Castilla y León* (Coordinadora: N. Belloso Martín). Consejería de Familia e Igualdad de Oportunidades de la Junta de Castilla y León, Valladolid, Indipress, 2006, pp. 293-324.

- CATTANEO, Mario A., Pena, *Diritto e Dignità umana. Saggio sulla filosofia del Diritto penale*. Torino, G. Giappichelli Editore- Torino, 1998, p.4.

- ESQUINAS VALVERDE, Patricia, *Mediación entre víctima y agresor en la violencia de género. La mediación entre la víctima y el agresor en el ámbito de la violencia de género: ¿una oportunidad o un desatino?*. Valencia, tirant lo blanch-Universidad de Granada, 2008.

- FUNES ARTEAGA, J. edtr. (1994): *Mediació i justícia juvenil*, Barcelona.

. GIMÉNEZ-SALINAS COLOMER, E. (1996): “La mediación en el sistema de justicia juvenil: una visión desde el Derecho comparado”, *Cuadernos del IV Crim.*, 10, p.207.

- GORDILLO SANTANA, Luis F., *La Justicia restaurativa y la mediación penal*. Madrid, Iustel, 2007.

- KEARNEY, Niall, *Presidente del European Forum for Restorative Justice* (Carta de Presentación del I Congreso *Internacional sobre Justicia Restaurativa y Mediación Penal*. Dimensiones teóricas y repercusiones prácticas”, celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Burgos (España) entre los días 04 y 05 de marzo de 2010).

-LOZANO ESPINA, Francisca, “La mediación penitenciaria”, en N. González-Cuéllar Serrano (Director), *Mediación: un método de ? conflictos. estudio interdisciplinar*. Madrid, Colex, 2010, pp. 175-191.

- MAGRO SERVET, Vicente; CUÉLLAR OTÓN, Pablo; y HERNÁNDEZ RAMOS, Carmelo, “La experiencia de la mediación penal en la Audiencia provincial de Alicante”, en N. González-Cuéllar Serrano (Director), *Mediación: un método de ? conflictos. estudio interdisciplinar*. Madrid, Colex, 2010, pp.115-153.

- MARTIN DIZ, Fernando, “Mediación y violencia de género: matices y posibilidades” (Conferencia pronunciada en el I Congreso *Internacional sobre Justicia Restaurativa y Mediación Penal*. Dimensiones teóricas y repercusiones prácticas”, celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Burgos (España) entre los días 04 y 05 de marzo de 2010).

- MIRANDA COUNTINHO, Jacinto, “Neoliberalismo e sistema punitivo”, en João de ALMEIDA y João Luz da SILVA ALMEIDA (editores), *Sistemas punitivos e Direitos Humanos na Ibero-América*. Rio de Janeiro, Editora Lumen Iuris, 2008, pp.1-14.

-RÍOS MARTÍN, Julián Carlos; PASCUAL RODRÍGUEZ, Esther y BIBIANO GUILLÉN, Alfonso, *La mediación penitenciaria. Reducir violencias en el sistema carcelario*. Madrid, Colex, 2005.

_____ *La mediación penal y penitenciaria. Experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano.* Madrid, Colex, 2006.

- RÍOS MARTÍN, J. “La mediación penal: acercamiento desde perspectivas críticas del sistema penal”, en *Estudios de Derecho Judicial. Alternativas a la Judicialización: la mediación de los conflictos*, nº3. Madrid, 2007, pp.139-164.

-RIVERA BEIRAS, Iñaki, *La cuestión carcelaria. Historia, epistemología, Derecho y Política penitenciarias.* 2ª ed., actualizada, Vol. I, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2009.

- SANZ HERMIDA, Ágata Mª., “La mediación en la justicia de menores”, en N. González-Cuéllar Serrano (Director), *Mediación: un método de ? conflictos. estudio interdisciplinar.* Madrid, Colex, 2010, pp.155-174.

-SUMALLA, J.Mª. , *La reparación a la víctima en el Derecho penal*, Barcelona, 1994.

_____ “La mediación reparadora en la ley de responsabilidad penal del menor” en *Justicia penal de menores y jóvenes (Análisis sustantivo y procesal de la nueva regulación)*, en J.L. González Cussac, J.Mª. Tamarit Sumalla. y J.L. Gómez Colomer coords., Valencia, 2002, Tirant lo Blanch.

-WOLKMER, Antonio Carlos, *Pluralismo jurídico: fundamentos de una nueva cultura del Derecho.* Madrid, Editorial Mad, 2006.

- ZAFARONI, Raul, “Sentido y justificación de la pena”, en *Jornadas sobre sistema penitenciario y derechos humanos*, Buenos Aires, Editorial del Puerto, 1997.

- WRIGHT, Martín “Derecho, Justicia y la idoneidad para su fin: hacia una respuesta restaurativa para la delincuencia” (Conferencia pronunciada en el *I Congreso internacional sobre Justicia restaurativa y Mediación Penal*, Dimensiones teóricas y repercusiones prácticas”, celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Burgos (España) entre los días 04 y 05 de marzo de 2010). (Experto en Justicia Restaurativa. Mediador en el Servicio de mediación de Lambeth –Londres-).

Páginas web:

www.mjusticia.es

www.economiasostenible.gob.es/

www.euforumrj.org

www.observatorioviolenciadegenero.es

ANEXO

PROTOCOLOS DE INTERVENCIÓN

1. MEDIACIÓN PENAL EN FASE DE INSTRUCCIÓN

1.1. Fase de contacto

- A) En el trámite de Diligencias previas
- B) En el Juicio de faltas

1.2. Fase de acogida

1.3. Fase de encuentro dialogado

1.4. Fase de acuerdo

- A) En el trámite de Diligencias Previas
- B) Juicio de faltas

1.5. Plazo para la realización de la mediación (1 mes desde la firma del consentimiento informado)

1.6. Fase de comparencia de conformidad y juicio

- A) Ante el Juzgado o Tribunal sentenciador
- B) Ante el Juzgado de Instrucción

1.7. Fase de reparación o ejecución de acuerdos

1.8. Fase de seguimiento

2. MEDIACIÓN PENAL EN LA FASE DE ENJUICIAMIENTO

2.1. Inicio del proceso de mediación

2.2. Contacto con la persona acusada y su abogado/a defensora

2.3. Fase de acogida

2.4. Fase de encuentro dialogado

2.5. Fase de acuerdo

2.6. Plazo para la realización de la mediación

2.7. Fase de comparecencia de conformidad y juicio

2.8. Fase de reparación o ejecución de acuerdos

2.9. Fase de seguimiento

3. MEDIACIÓN PENAL EN LA FASE DE EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA PENAL

3.1. Inicio del proceso

3.2. Fase de acogida

3.3. Fase de encuentro dialogado

3.4. Fase de acuerdo

3.5. Plazo para la realización de la mediación

3.6. Fase de decisión judicial

3.7. Fase de reparación o de ejecución de acuerdos

3.8. Fase de seguimiento

4. MEDIACIÓN EN CENTRO PENITENCIARIO ENTRE VÍCTIMA Y PERSONA PENADA

- 4.1. Propuestas de inicio del proceso
- 4.2. Procedimiento de mediación
- 4.3. Fase de acogida
- 4.4. Fase de encuentro dialogado
- 4.5. Fase de acuerdo

LA CONCILIACIÓN LABORAL

Raquel López Jiménez

Profesora Contratada Doctora en Derecho Procesal

Universidad Carlos III de Madrid

1. Introducción. 2. Conciliación previa. 2.1. Órgano competente para actuar de conciliador. 2.2. Procesos excluidos de la conciliación. 2.3. La interrupción y suspensión del plazo de las acciones. 2.4. El procedimiento de conciliación. 2.5. Efecto de cosa juzgada. 3. Conciliación judicial.

1. INTRODUCCIÓN

Aunque parezca obvio lo primero que debemos decir para hablar de formas alternativas de resolución de conflictos es que es necesario que exista evidentemente un conflicto, existiendo éste existen varias formas alternativas de resolución del mismo. Existen los métodos heterocompositivos y los autocompositivos. En nuestro ordenamiento jurídico los sistemas extrajudiciales de solución de conflictos ya existían antes de promulgarse la Constitución, lo que ha condicionado considerablemente su evolución posterior¹. En los primeros años del régimen democrático, estos sistemas se regulaban directamente por el legislador; eran, por consiguiente, sistemas heterónomos. Sólo

¹ Señala BELLIDO ASPAS, que “sin duda, la primera y, tal vez la principal dificultad que encuentran los sistemas extrajudiciales de solución de conflictos provenga de nuestra tradición jurídica, que hace que los afectados tiendan a acudir preferentemente a la vía judicial, convirtiendo en muchas ocasiones la conciliación-mediación previa en un mero trámite. A este hecho no resulta ajena que, pese a la consolidación de los sistemas alternativos, todavía no existe en el ámbito laboral una cultura suficiente que prime los medios de composición privada de los conflictos de trabajo. Con todo, este problema irá desapareciendo con el tiempo, conforme se desarrollen estos sistemas alternativos a la vía judicial, y se fomente su empleo por la Administración y los agentes sociales”. En “Perspectivas de futuro de los sistemas de solución extrajudicial de conflictos”, Conferencia dictada en las Jornadas Nacionales de Solución Extrajudicial de Conflictos Laborales, celebrada el 27 de junio de 2008 en Zaragoza, en <http://www.fsima.es>

posteriormente, y al hilo de la consolidación de la autonomía colectiva, irán surgiendo sistemas de regulación autónoma que terminarán apartando a los de origen estatal².

Algunas de las formas alternativas de resolución de los conflictos son la negociación, la conciliación, la mediación y el arbitraje.

En la negociación, las partes involucradas interactúan de modo directo sin intervención de terceros, aunque en la práctica los representantes de cada parte o incluso sus abogados pueden negociar por ellos.

En la mediación existe una persona ajena a los sujetos que participan del conflicto, este tercero es imparcial y neutral a las partes y sus intereses, e intenta que ambas lleguen a un acuerdo consensuado que elimine el conflicto.

En el arbitraje interviene también un tercero ajeno a las partes en conflicto pero elegido por ellas y quien impone la solución, posteriormente emite un laudo que es vinculante para las partes.

Finalmente, dentro de los métodos de solución de conflictos autocompositivos podemos encontrar a la conciliación³. En este método el conflicto se resuelve por los propios sujetos contendientes pero con la intervención también de un tercero, como en el caso del arbitraje o el proceso, ahora bien, éste último nunca debe imponer su solución sino que actúa *inter partes* intentando que las partes lleguen a un acuerdo. La conciliación encierra en su consecución otros medios negociales autocompositivos, como son la

² CARRIZOSA PRIETO, *Derechos de libertad sindical y principio de igualdad*, Universidad Pablo de Olavide, en prensa. Señala dicha autora que el establecimiento de mecanismos extrajudiciales heterónomos para la solución de conflictos laborales, a pesar de constituir una experiencia fomentada durante la transición política, no ha llegado a consolidarse en nuestro sistema de relaciones laborales, circunstancia que se hizo ostensible con la supresión del IMAC y la transferencia de sus funciones a los órganos respectivos de las diversas Comunidades Autónomas. Estas vicisitudes, junto al reconocimiento y progresiva consagración de la autonomía colectiva, provocarán un estancamiento en la implantación de este tipo de procedimientos a favor de sistemas autónomos creados por los propios agentes sociales. Hasta tal punto es así que, desde la supresión del IMAC, se puede afirmar que no existe un sistema extrajudicial de solución de conflictos que responda a las exigencias implícitas en la doctrina constitucional. Como mucho, se podría reconocer que existen varios mecanismos arbitrados por los poderes públicos que, afectando a materias diversas, responden a finalidades distintas.

³ Si bien señala la doctrina que si la conciliación se celebra ante órganos no judiciales, desde el punto de vista de su naturaleza jurídica puede calificarse de actividad compositiva, esta caracterización no es, sin embargo, suficiente cuando la actividad conciliadora se confía a un órgano jurisdiccional. Véase a MONTERO AROCA, *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*, (con IGLESIAS CABERO Y OTROS), I, Madrid, 1993, págs. 568 y 569. Para un estudio más completo de la naturaleza del acto de conciliación véase a ROMERO PRADA, *La conciliación en el proceso laboral*, Valencia, 2000, pág. 42 y ss.

renuncia, el allanamiento y la transacción, para poner fin al conflicto y al proceso, que constituyen el instrumento o causa mediata subyacente en el convenio al que llegan las partes⁴. Estaremos, en definitiva, ante la transacción, es decir, y según el artículo 1809 del Código Civil, ante el contrario mediante el cual “las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado”⁵.

El fundamento de la conciliación lo constituye la idea de que siempre es mejor resolver el litigio por un acuerdo al que lleguen las partes, que la solución impuesta por otra persona, por muy imparcial que sea, por mucha autoridad de que goce y aunque esté investida de la potestad jurisdiccional⁶. Pero el presupuesto para que la conciliación se lleve a cabo, ya sea ésta previa o intraprocesal, lo constituye la naturaleza de los derechos en conflicto, es así que si su naturaleza es privada o pertenecen a la esfera dispositiva de su titular, las partes pueden llevar a cabo la conciliación, no tienen por qué acudir al proceso para solucionar sus conflictos. En el ámbito laboral al igual que en el civil -aunque éste último con algunas excepciones-, la naturaleza de los derechos puestos en juego es privada, por lo tanto, las partes litigantes pueden decidir acudir al proceso o solucionar sus conflictos por otra vía, pero además en el proceso laboral se exige que antes de presentar la demanda se haya intentado la conciliación, es presupuesto indispensable. No obstante, en el proceso laboral debe tenerse en cuenta que rige la cláusula de irrenunciabilidad de derechos⁷ del trabajador prevista en el artículo 3.5 del Estatuto de los Trabajadores⁸, lo que

⁴ MONTERO AROCA, *La conciliación preventiva en el proceso civil*, en *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, 1981, pág. 197.

⁵ El TS ha señalado que “no constituye requisito esencial de la transacción la entrega recíproca de prestaciones, ya que en ocasiones, el deseo de poner término a un litigio, soslayar discusiones y no extraer del olvido hechos y actos ya ocurridos, mueve a los contratantes a la aceptación de acuerdos sin iguales alcances y paridad de condiciones..., pudiendo afectar la transacción a una relación jurídica no litigiosa, pero susceptible de serlo. Se configura así la posibilidad de poner término a una relación jurídica incierta (“res dubio”) como la causa de la transacción”. Es doctrina jurisprudencial consolidada, “la que entiende que no se requiere que haya equivalencia u otro género de igualdad entre las concesiones que recíprocamente se hagan las partes en los contratos de transacción, y ni siquiera se exige que estas concesiones tengan que ser siempre de orden económicos, pues las mismas pueden tener un contenido exclusivamente moral”. Véase STS de 20 de octubre de 2004 (RJA 2004/6575).

⁶ MORENO CATENA, *Derecho Procesal Civil*, Valencia, 2005, pág. 124.

⁷ Señala RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, “Indisponibilidad de los derechos y conciliación en las relaciones laborales”, en *Temas Laborales, Revista Andaluza de Trabajo y bienestar Social*, núm. 70, 2003, págs. 27 y 28, “que el derecho del trabajo se caracteriza por la reducción y “desestabilización” del principio de libertad contractual por la existencia de normas heterónomas, estatales o colectivas, de carácter mínima

constituye, en principio, un obstáculo a la capacidad de disposición de éste sobre sus derechos laborales, pero tal y como señala ROMERO PRADA, una cosa es la renuncia a un derecho, acto unilateral por el que el titular hace dejación de un derecho cierto con la consecuencia de que queda extinguido, y otra transigir sobre derechos dudosos que están siendo discutidos; y de otro, que generalmente el acuerdo se logra ante órganos del Estado, con lo que deben existir ciertas garantías de que no se trata de renunciaciones impuestas⁹. Desde hace ya mucho tiempo, el Tribunal Supremo ha reconocido la compatibilidad del artículo 3.5 del Estatuto de los Trabajadores con la conciliación siempre por voluntad conforme de las partes¹⁰.

En contrario, refiere GARCÍA QUIÑONES que “recoger en términos absolutos, sin matizaciones, semejantes argumentos podría llevar en determinadas ocasiones a vaciar de contenido el principio de irrenunciabilidad de derechos, si se tiene en cuenta que ciertos derechos existen y son inherentes a las partes antes y con independencia de su posterior reconocimiento judicial, de tal forma que su renuncia en conciliación deberá catalogarse sin ambages como una renuncia de derechos, por más que en ese momento no estén judicialmente reconocidos”¹¹.

Los conflictos laborales se enmarcan en el ámbito de los conflictos privados, puesto que el derecho laboral regula las relaciones de trabajo entre empresarios y empleados, de contenido esencialmente particular. Es así que, al encontrarse en el ámbito del Derecho Privado, los conflictos laborales pueden solucionarse privadamente o a través de los órganos del orden jurisdiccional social. Los conflictos laborales pueden clasificarse de varias formas, según los intereses a los que afectan y la causa de la divergencia, entre

inderogable que se imponen sobre las voluntades de trabajador y empresario y que se aplican, necesaria, directa e inmediatamente al contrato, al margen de las voluntades contractuales”.

⁸ En este artículo se indica que “los trabajadores no podrán disponer válidamente, antes o después de su adquisición, de los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales de derecho necesario. Tampoco podrán disponer válidamente de los derechos reconocidos como indisponibles por convenio colectivo”.

⁹ *La conciliación en el...*, op. cit., pág. 41.

¹⁰ STS de 23 de marzo de 1987 (RJA 1656).

¹¹ Sigue indicando dicho autor que “en definitiva, el reconocimiento judicial no es creador de esos derechos sino que reconoce los ya existentes con anterioridad”. Véase *La conciliación judicial en el proceso laboral*, Valencia, 2007, págs. 80 y 81.

otras¹². De esta forma, la conciliación laboral puede presentarse: a) ante conflictos de orden individual, nacidos de la relación individuo-empleador-trabajador por diferencias durante o al fin de la relación del trabajo o; b) ante conflictos de orden colectivo, cuando el sindicato que agrupa la actividad discute con un empleador o grupo de éstos. Como veremos a continuación, en los conflictos individuales, el ordenamiento exige el intento de conciliación como requisito previo para el proceso y en cuanto a los conflictos colectivos, se establecen diferentes vías de autocomposición.

En el proceso laboral, se contemplan dos clases diferentes de conciliación; por un lado, la conciliación previa contemplada en los artículos 63 a 68, y por otro, la conciliación judicial contemplada en los artículos 83 a 89, ambos de la Ley de Procedimiento Laboral¹³.

Para enmarcar o ubicar las dos clases de conciliaciones existentes en el ámbito laboral debemos identificar la conciliación previa, o también preventiva o pre-procesal como aquella que tiene lugar antes del inicio del proceso, mientras que la intraprocesal o, también como la hemos denominado anteriormente judicial se produce cuando el proceso ya se ha iniciado¹⁴. Ambas conciliaciones, tanto la conciliación previa como intraprocesal o judicial son obligatorias.

2. CONCILIACIÓN PREVIA

Tal es el interés del legislador porque los conflictos laborales se solucionen de forma amistosa que ha previsto, como anteriormente señalábamos, dos tipos de conciliaciones con anterioridad a la celebración del juicio. La primera de ellas, la conciliación previa que se lleva a cabo ante órganos no jurisdiccionales, y la segunda, que antes de la reforma efectuada por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial, se celebraba ante el

¹² Véase SOLETO MUÑOZ, “Mediación laboral. Mediación comunitaria”, en *Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente*, (cood. SOLETO MUÑOZ y OTERO PARGA), Madrid, 2007, págs. 331 y 332.

¹³ Ley de Procedimiento Laboral, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril.

¹⁴ Véase a ROMERO PRADA, *La conciliación en el...*, op. cit., pág. 34.

propio órgano jurisdiccional que va a conocer del proceso principal y que ahora se han atribuido esas funciones de conciliación al secretario judicial, función de mediador que le es propia, tal y como se contempla en el artículo 456.3 c) de la LOPJ.

Es así, que en el artículo 63 de la Ley de Procedimiento Laboral se indica que “será requisito previo para la tramitación del proceso el intento de conciliación ante el servicio administrativo correspondiente o ante el órgano que asuma estas funciones que podrá constituirse mediante los acuerdos interprofesionales o los convenios colectivos a los que se refiere el artículo 83 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, así como los acuerdos de interés profesional a los que se refiere el artículo 13 del Estatuto del Trabajo Autónomo”¹⁵. Por su parte, en el artículo 84 de la Ley de Procedimiento Laboral en relación a la conciliación intraprocesal se indica que “el Secretario judicial intentará la conciliación, llevando a cabo la labor mediadora que le es propia...”.

Hemos de decir que también en el proceso civil se lleva a cabo una regulación de la conciliación que posibilita su práctica en un momento anterior al juicio, antes de la reforma por la Ley 13/2009, la competencia también la tenía el órgano judicial, aunque no necesariamente ante el competente para conocer del proceso, pero ahora se va a llevar a cabo ante el Secretario judicial, o el Juez de Paz que tras la reforma sigue siendo competente y, por otro lado, la conciliación intraprocesal que se realiza en la audiencia previa o fase intermedia del procedimiento ordinario y esta sí ante el juez competente del conocimiento del asunto. Ahora bien, en el proceso civil a diferencia del laboral ambas conciliaciones son voluntarias. Realmente, en el proceso civil, la conciliación intrajudicial no es realmente conciliación, ya que el juez no lleva a cabo funciones de conciliación o mediación, simplemente en la práctica les pregunta si quieren llegar a un acuerdo.

En el proceso laboral, la omisión del intento de conciliación previa puede ser impugnado a través del recurso de súplica, vía artículo 189, letra d) de la LPL, que indica

¹⁵ Al margen de los organismos internos (comisiones paritarias) y de conformidad con el art. 83.2 del ET, que regula los denominados acuerdos marco, y el art. 83.3 del ET, que faculta a los sindicatos más representativos del ámbito estatal y autonómico para celebrar convenios colectivos sobre materias concretas, la regulación legal posibilita que, mediante estos acuerdos, se establezcan, con carácter general, procedimientos (mediación y arbitraje) para solucionar las controversias colectivas que susciten la aplicación e interpretación de los convenios colectivos e, incluso, las controversias individuales, si las partes se someten a ello (art. 91 del ET). Véase a CARRIZOSA PRIETO, *Derechos de libertad sindical...*, op. cit., en prensa.

“contra las sentencias dictadas por reclamaciones que tengan por objeto subsanar una falta esencial del procedimiento o la omisión del intento de conciliación obligatoria previa, siempre que se haya formulado la protesta en tiempo y forma y hayan producido indefensión” y a través del recurso de casación por el motivo de la letra c) del artículo 205 de la LPL que hace referencia al quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales, siempre que, en este último caso, se haya producido indefensión para la parte. De esta forma, se posibilita la petición de declaración de nulidad de los actos procesales ineficaces.

Veamos a continuación algunos aspectos procesales de la conciliación previa laboral llevada a cabo por la Ley de Procedimiento Laboral.

2.1 Órgano competente para actuar de conciliador

El órgano competente para actuar de conciliador es el servicio administrativo correspondiente, tal y como se establece en el artículo 63 de la LPL; organismo que puede ser estatal o a nivel de la Comunidad Autónoma, en el que deben presentarse las papeletas de conciliación y donde se celebran los preceptivos actos de conciliación previos a la demanda judicial ante el Juzgado de lo Social¹⁶.

¹⁶ Las distintas Comunidades Autónomas han desarrollado sus propios procedimientos de resolución extrajudicial de conflictos y los organismos con competencias, entre los que se encuentran el ORECLA, de Cantabria; el TAL, Tribunal de Arbitraje Laboral de la Comunidad Valenciana; el SERLA, Servicio Regional de Relaciones Laborales de Castilla y León; el Jurado Arbitral de Castilla la Mancha; el Tribunal Laboral de Canarias; el TAMIZ, Tribunal de Arbitraje y Mediación de las Islas Baleares; el Tribunal Laboral de Navarra; el Tribunal Laboral de la Rioja; el Tribunal Laboral de Cataluña; La Fundación de relaciones Laborales de Extremadura; la Fundación Oficina Extrajudicial de Resolución de Conflictos Laborales de Murcia; el Servicio Asturiano de Solución Extrajudicial de Conflictos; el PRECO del País Vasco; el AGA gallego; el Instituto Laboral de la Comunidad de Madrid; el SAMA de Aragón y el SERCLA andaluz.

La mayoría de estos organismos sólo tienen competencia para resolver conflictos colectivos, aunque en algunas Comunidades Autónomas se están ampliando sus competencias a los conflictos individuales, aunque en general excluyendo las reclamaciones por despido.

A nivel estatal, la celebración del Acuerdo sobre Solución Extrajudicial de Conflictos Laborales (ASEC) en 1996 por las grandes patronales CEOE (Confederación Española de Organizaciones Empresariales) y CEPYME (Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa) y los grandes sindicatos, CCOO y UGT y renovado en 2001, 2004 y 2005, ha dado lugar a una fundación tutelada por el Ministerio de Trabajo

Además conforme al artículo 63 de la LPL se podrá celebrar la conciliación ante el órgano creado por la negociación colectiva. En este sentido, en los Convenios Colectivos se podrá prever que para determinadas materias, las partes en conflicto puedan decidir acudir al organismo administrativo o al organismo previsto en el Convenio Colectivo (Comisiones paritarias o cualquier otro órgano administrativo que se disponga en el Convenio). Se prevé, por tanto, la creación de órganos conciliadores por vía convencional entre trabajadores y empresarios, lo que significa una potenciación de la autonomía colectiva.

A partir de la década de los 90 se inicia la vía extrajudicial paritaria, primero a nivel regional y luego a nivel estatal¹⁷. Por tanto, serían cinco los órganos competentes para conocer de la conciliación, por un lado, las unidades territoriales de mediación, arbitraje y conciliación, encuadradas en las Administraciones Públicas Laborales del Estado o Comunidad Autónoma; los Juzgados de lo Social ven conciliaciones previas al juicio público (conciliación intraprocesal, que comentaremos a continuación); la Administración Pública Laboral realiza consultas previas antes de tomar una decisión en materia de despidos colectivos; los órganos paritarios de sindicatos y patronales, con el soporte de la Administración Pública autonómica realizan mediaciones, conciliaciones y proporcionan listas de árbitros y dan soporte al arbitraje laboral; finalmente, está el Servicio Interconfederal de Mediación y Arbitraje (SIMA), derivado del Acuerdo sobre solución extrajudicial de conflictos laborales. Estos últimos sólo conocen de las demandas de mediación y arbitraje que se derivan de lo pactado en el Acuerdo y su Reglamento. El SIMA es una institución paritaria constituida a partes iguales por las organizaciones sindicales y empresariales más representativas firmantes del Acuerdo sobre Solución

que gestiona el SIMA, el Servicio Interconfederal de Mediación y Arbitraje, servicio financiado por la Administración Central. Véase SOLETO MUÑOZ, “Mediación Laboral. Mediación Comunitaria”, op. cit., pág. 334.

¹⁷ El origen de los sistemas extrajudiciales autónomos de solución de conflictos se encuentra en las comisiones paritarias que, con objeto de administrar o dirimir las controversias interpretativas que suscitan el convenio, se arbitran, con la naturaleza de cláusulas obligacionales, por las partes firmantes. Los mecanismos establecidos con esta finalidad encuentran, desde el inicio, una clara ubicación en el derecho de negociación colectiva. Junto a estas pequeñas manifestaciones empiezan a aparecer a partir de 1984 diversos sistemas de solución extrajudicial, establecidos en ámbitos autonómicos concretos por las organizaciones sindicales y patronales más representativas. Estos procedimientos, como años más tarde especificará la regulación legal, se articulaban como acuerdos colectivos sobre materias concretas (art. 83.3 ET) y estaban refrendados por los Gobiernos de las distintas Comunidades Autónomas. Véase a CARRIZOSA PRIETO, *Derechos de libertad sindical...*, op. ct., en prensa.

Extrajudicial de Conflictos Laborales (ASEC III) y constituye el soporte administrativo y de gestión de los procedimientos de solución de los conflictos, a quien se encomienda la aplicación de las disposiciones del ASEC III¹⁸. La mediación ante el SIMA sustituye a la conciliación administrativa previa a los efectos previstos en los artículos 63 y 154 de la LPL.

Estadística de Actuaciones llevadas a cabo por el SMAC¹⁹

	998	999	000	001	002	003	004	005	006
SM									
AC	90	81	62	28	54	44	48	9	41
Actuaciones SMAC excluidas ámbito ASEC	58	51	40	12	46	28	35	7	20
Actuaciones SMAC en ámbito ASEC	2	0	2	6		6	3	2	0

2.2 Procesos excluidos de la conciliación

La regla general es la obligatoriedad de celebrar el acto de conciliación antes de acudir al proceso, por lo tanto, el legislador ha impuesto –entendemos que en beneficio de los contendientes por las ventajas anteriormente apuntadas- la necesidad de haberse

¹⁸ Resolución de 12 de enero de 2005, de la Dirección General de Trabajo, por la que se dispone la inscripción en el registro y publicación del III Acuerdo sobre Solución Extrajudicial de Conflictos Laborales (ASEC III).

¹⁹ www.fsima.es

intentado la conciliación antes de acudir al proceso; es así que el intento de la conciliación²⁰ se convierte en requisito procesal para la admisión de la demanda²¹. Sin embargo, existen algunas excepciones a esta regla general, por lo que no en todos los procesos laborales se exige la celebración de la conciliación, ahora bien que no se exija como presupuesto para que se admita la demanda, no significa que no se pueda celebrar la conciliación de forma voluntaria. De los supuestos excluidos en algunos de ellos se podrá celebrar la conciliación de forma voluntaria y en otros estará totalmente prohibida. De otra forma, el legislador lo habría regulado tal y como lo ha regulado en el artículo 460 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 para la conciliación en materia civil prohibiendo expresamente la conciliación, y no lo ha hecho, por lo que entiendo que de forma voluntaria sí se podrá celebrar la conciliación.

Estas excepciones están contempladas en el artículo 64 de la LPL y constituye una lista cerrada, no pudiendo extenderse a supuestos no mencionados expresamente en dicho artículo. Así, se refiere a aquellos procesos que exijan la reclamación previa en vía administrativa, los que versen sobre Seguridad Social, los relativos al disfrute de vacaciones y a materia electoral, movilidad geográfica, modificación sustancial de las condiciones de trabajo, los de derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral a los que se refiere el artículo 138 bis, los iniciados de oficio, los de impugnación de convenios colectivos, los de impugnación de los estatutos de los sindicatos o de su modificación y los de tutela de los derechos fundamentales. También se exceptúa el ejercicio de las acciones laborales derivadas de los derechos establecidos en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

Igualmente, y así está contemplado en el segundo párrafo del mismo artículo, también quedan exceptuados aquellos procesos en los que siendo parte demandada el Estado u otro ente público también lo fueren personas privadas, siempre que la pretensión hubiera de someterse al trámite de reclamación previa y en éste pudiera decidirse el asunto

²⁰ Bastaría con el intento sin necesidad de que efectivamente se haya celebrado.

²¹ Señala la doctrina que nos encontramos ante un requisito previo para la tramitación del procedimiento pero no para la interposición de la demanda que lo inicia, de tal manera que el requisito se tendrá por cumplido aunque el acto de conciliación se celebre después de presentada la demanda. ROMERO PRADA, *La conciliación en el...*, op. cit., pág. 76.

litigioso. Finalmente, los supuestos en que, iniciado el proceso, fuere necesario dirigir la demanda frente a personas distintas de las inicialmente demandadas.

Entre los supuestos que anteriormente comentábamos que se prohíbe la conciliación se encuentra por ejemplo el primero de los citados, el de los procesos en los que se exija la reclamación administrativa previa, la exclusión equivale a la prohibición, aunque la doctrina señala que más que prohibición habría que hablar de dificultad, dada la complejidad de la Administración para transigir²².

2.3 La interrupción y suspensión del plazo de las acciones

En este apartado vamos a analizar los efectos que produce la presentación de la solicitud o papeleta de conciliación sobre los plazos para el ejercicio de las acciones. En este sentido, en el artículo 65 de la LPL se preceptúa que “la presentación de la solicitud de conciliación suspenderá los plazos de caducidad e interrumpirá la prescripción. El cómputo de la caducidad se reanuda al día siguiente de intentada la conciliación o transcurridos quince días desde su presentación sin que se haya celebrado. En todo caso, transcurridos treinta días sin celebrarse el acto de conciliación se tendrá por terminado el procedimiento y cumplido el trámite”²³. Por tanto, la simple presentación de la solicitud de conciliación interrumpe los plazos de prescripción y suspende los de caducidad.

Tal y como señala MONTERO AROCA estamos ante una aplicación especial de los dispuesto en general en el artículo 1973 del Código Civil: la prescripción de las acciones se interrumpe por reclamación extrajudicial del acreedor, pues no es dudoso que la solicitud de conciliación sea una reclamación de este tipo²⁴.

El plazo de prescripción es el de un año, atendiendo al artículo 59.1 del Estatuto de los Trabajadores. El plazo de prescripción comenzará a contarse a partir del día siguiente de

²² ROMERO PRADA, *La conciliación en el...*, op. cit., págs. 97 y ss.

²³ Igual redacción se contempla en el artículo 7 del Real Decreto 2756/1979 donde se indica que la presentación de la papeleta interrumpirá los plazos de caducidad de acciones y se reanuda su cómputo a partir del día siguiente de intentada la conciliación o transcurridos 15 días sin que se haya celebrado.

²⁴ *La conciliación previa o extrajudicial en el proceso laboral.*(Doctrina, Jurisprudencia y Formularios), Valencia, 1999, págs. 76 y ss.

la celebración del acto sin avenencia y además si transcurren treinta días sin celebrarse el acto de conciliación se entenderá cumplido el requisito de la conciliación y el plazo de prescripción comenzará de nuevo a correr a partir de los treinta días.

La caducidad por el contrario no se interrumpe sino que se suspende, tal y como se preceptúa en el artículo 65 de la LPL. Sin embargo, en el Estatuto de los Trabajadores, artículo 59.3, se hace referencia a la interrupción de la caducidad; término no correcto porque lo que se interrumpe es la prescripción, la caducidad se suspende. Por lo tanto, al ser suspensión el plazo se reanuda desde el mismo momento en que se detuvo, es decir, aquel al día siguiente de intentada la conciliación, o bien transcurridos quince días desde la presentación de la solicitud sin que el acto se haya celebrado. Por otro lado, el plazo de los treinta días opera en aquellos supuestos en los que no se haya podido celebrar la conciliación.

Señala MONTERO AROCA que el artículo 65.1 de la LPL ha de interpretarse en el sentido de que la interrupción de la prescripción o la suspensión de la caducidad sólo se produce si la solicitud de la conciliación es admitida, tal y como se establece en el artículo 479 de la LEC de 1881 para la conciliación en materia civil. Así, dicho autor manifiesta que ha de existir verdadera “reclamación extrajudicial del acreedor”. Si la solicitud está falta de requisitos esenciales, hasta el extremo de que el SMAC no puede admitirla, con lo que no llega a citarse al interesado o pretendido, es decir, al deudor, no cabe hablar de verdadera reclamación extrajudicial. De esta forma, la interrupción de la prescripción o la suspensión de la caducidad tienen lugar cuando la solicitud es admitida, pero con efectos desde la presentación²⁵. Además es necesario la comparecencia del solicitante porque no vale sólo con la presentación y admisión de la solicitud si luego no comparece.

Por otro lado, es necesario aclarar que los efectos de la suspensión de la caducidad sólo tienen lugar cuando la conciliación laboral previa es obligatoria y no en aquellos procesos en los que no se exige de forma preceptiva aunque, como hemos visto, se pueda celebrar de forma voluntaria²⁶.

²⁵ *Comentarios a la Ley de Procedimiento...*, op. cit., págs. 436, 438 y 439.

²⁶ Señala MONTERO AROCA, *La conciliación previa o extrajudicial en el proceso...*, op. cit., págs. 84, 85 y 86, que “la presentación de la papeleta de conciliación, cuando lo procedente era la reclamación previa a la

En cuanto a cuál es el plazo para la presentación de la demanda cuando en el acto de conciliación previa no ha habido avenencia o se ha intentado sin efecto, la Ley no lo establece.

2.4 El procedimiento de conciliación

Hemos de decir que la LPL no contiene una verdadera ni exhaustiva regulación del procedimiento de conciliación; únicamente los artículos que lo tratan hacen referencia a la obligatoriedad y excepciones, a los efectos que conlleva tanto la presentación de la solicitud de conciliación, la incomparecencia de los contendientes, a la impugnación de lo acordado y al valor de la avenencia²⁷.

En la práctica es bastante sencillo; se presenta la solicitud de conciliación y se le asigna un día y hora para intentar la conciliación.

Tal y como se preceptúa en el artículo 66.1 de la LPL, la comparecencia al acto es obligatoria. Cuando las partes han sido citadas debidamente y éstas no comparecen, se tendrá por no presentada la papeleta, archivándose todo lo actuado, por tanto, en este caso, no se interrumpirá la prescripción ni se suspenderá la caducidad. Si por el contrario, no comparece la otra parte el efecto es que se tendrá por intentada la conciliación sin efecto.

La comparecencia del futuro demandado a la conciliación previa resulta obligatoria para que en el proceso posterior pueda formular reconvencción, tal como se exige en el artículo 85.2 de la LPL, ya que preceptúa que “en ningún caso podrá formular reconvencción, salvo que la hubiese anunciado en la conciliación previa al proceso o en la contestación a la reclamación previa, y hubiese expresado en esencia los hechos en que se funda y la petición en que se concreta”.

vía judicial, no suspende la caducidad, últimamente se está produciendo un movimiento muy definido para llegar a concluir que incluso en el caso de que, correspondiendo intentar la conciliación se haya acudido a la reclamación previa, la caducidad de la acción de despido se entiende producida”. No obstante, dicho autor, manifiesta que “últimamente la interpretación está cambiando para llegar a la conclusión de que la utilización de un cauce procesal inadecuado suspende el plazo de caducidad para el ejercicio de la acción de despido”.

²⁷ El procedimiento queda relegado a la regulación contenida en el Real Decreto 2756/1979, de 23 de noviembre.

Por otro lado, la incomparecencia del futuro demandado a la conciliación previa puede ocasionar que el órgano jurisdiccional le imponga en la sentencia una sanción por temeridad o mala fe contemplada en el artículo 97.3 de la LPL, pero esta sanción sólo tendrá lugar si la incomparecencia no fuera justificada y la sentencia que en su día se dictare coincidiera esencialmente con la pretensión contenida en la papeleta de conciliación.

Al acto de la conciliación no se exige comparecer con abogado y procurador, sin embargo en la práctica las partes acuden representadas por abogado y procurador o bien es la representación la que acude, apoderando válidamente al letrado a través de poder notarial de carácter especial, o bien a través de los propios servicios administrativos del centro²⁸. El juez les preguntará a los contendientes si existe acuerdo entre ellos, en caso de que así sea, el acuerdo se plasmará en un documento oficial, poniéndose fin al conflicto y evitándose el posterior juicio. El acuerdo tiene el valor de una transacción y vincula a las partes al realizarse ante un funcionario que le otorga el valor de documento público, pudiendo llevarse a efecto por el trámite de la ejecución de sentencias (art. 68 LPL).

Al ser un negocio, el acto de conciliación es susceptible de impugnación mediante el ejercicio de la nulidad por las causas que invalidan los contratos. La acción caducará a los treinta días de aquel en el que se adoptó el acuerdo, para los posibles perjudicados el plazo contará desde que lo conocieran (art. 67 LPL).

2.5 Eficacia de lo convenido en conciliación

Una de las cuestiones que se plantean es si tanto lo acordado en la conciliación previa como en la judicial o intraprocesal tiene efecto de cosa juzgada, o también si produce efectos *erga omnes*. Si bien es cierto que en épocas pasadas se discutía la eficacia de lo convenio en conciliación, tanto era así que el Fondo de Garantía Salarial (FOGASA), era reticente a dar validez a lo convenido en conciliación argumentando que era un acuerdo

²⁸ SOLETO MUÑOZ, “Mediación laboral. Mediación Comunitaria”, op. cit., pág. 336.

extraprocésal con efectos sólo para las partes y no para terceros²⁹, sin embargo, actualmente se viene admitiendo por parte de la doctrina, no sin objeciones, que lo convenido en conciliación tiene el mismo valor que un laudo arbitral o sentencia y como refuerzo a su argumentación citan los artículos 68 y 84 de la LPL en los cuales se manifiesta que tiene fuerza ejecutiva. Así, señala la doctrina que la conciliación judicial no es una simple transacción de las que se refiere el artículo 1809 del Código Civil, advertido que en el artículo 84, párrafos 1 y 2 de la LPL, se permite al Secretario judicial examinar si el pacto resulta lesivo para alguna de las partes, o si constituye fraude de ley o abuso de derecho. De esta forma, si el Secretario aprueba la avenencia, adquiere entonces el carácter de título ejecutivo, conforme se dispone en el artículo 84.5 de la LPL en relación con el artículo 1816 del Código Civil, que facultan para hacer efectivo lo convenido en conciliación judicial por la vía de apremio, como si de una sentencia se tratara³⁰.

Sin embargo, la jurisprudencia no ha equiparado en cuanto a su eficacia el acuerdo convenido en el acto de conciliación, ya sea ésta previa o judicial, a la sentencia³¹.

A mi parecer, puede ser discutible si lo acordado en la conciliación intraprocésal o judicial produce efectos de cosa juzgada al homologar el juez lo convenido en la transacción, pero lo que no resulta discutible es la eficacia de lo convenido en la conciliación previa, que no tiene eficacia *erga omnes* sino sólo entre las partes. Una cosa es que se le reconozca fuerza ejecutiva y se pueda ejecutar por los trámites de ejecución de sentencias y otra cosa diferente es que sea cosa juzgada, porque aquí el juez no juzga nada, son las partes las que a través de los acuerdos llegan a una conciliación y más en la conciliación previa que en muchos de los casos se habrá llevado a cabo no ante el órgano judicial, ahora secretario judicial, sino ante el servicio administrativo correspondiente.

²⁹ Expresa el Tribunal Supremo, en la sentencia de 30 de julio de 1990 (RJ 1990/6493) que la conciliación sólo debe tener eficacia entre las partes, pues, en otro caso, pudiera existir connivencia entre las mismas en perjuicio del FOGASA, que no ha intervenido en el acto conciliatorio. También, sobre los riesgos que plantea la ausencia del FOGASA en trámite de conciliación previa, singularmente, en los procesos de reclamación de cantidades salariales, y la legitimación del citado organismo para impugnar la avenencia suscrita entre trabajador y empresario, así como la idoneidad de la presencia del Fondo en trámite de conciliación judicial, con capacidad para oponerse a la avenencia que acuerden en este trámite las partes originarias de la relación procesal. GARCÍA QUIÑONES, *La conciliación judicial en el proceso...*, op. cit., pág. 213, concretamente nota 423. También véase a ROMERO PRADA, *La conciliación en el proceso...*, op. cit., págs. 315 y ss, quien estudia detalladamente los efectos del acuerdo conciliatorio respecto de terceros.

³⁰ GARCÍA QUIÑONES, *La conciliación judicial en el proceso...*, op. cit., pág. 84.

³¹ *Ibidem*.

Señala MONTERO AROCA que “lo convenio en conciliación previa (y en la judicial) no puede surtir los efectos propios de la cosa juzgada, a pesar de lo que la jurisprudencia haya sostenido en ocasiones. Aparte de que ejecutabilidad y cosa juzgada no son lo mismo, debe tenerse en cuenta que mientras una sentencia firme sólo puede ser atacada por el juicio de revisión, la avenencia puede ser impugnada por el proceso laboral ordinario y por las causas que invalidan los contratos”. Además sigue señalando dicho autor “que los efectos de sentencia y avenencia no pueden equipararse, por ejemplo, de la preferencia de créditos, de la cosa juzgada en los sentidos negativo y positivo (que no serían alegables en un proceso posterior), de la inscripción en el Registro de la Propiedad o de los efectos frente a terceros”³².

3. Conciliación judicial

La conciliación judicial o intraprocesal laboral³³, está regulada en los artículos 83 y siguientes de la LPL y tiene lugar una vez presentada y admitida la demanda, de forma que si no se logra un acuerdo en la conciliación se pasará a continuación al juicio. Antes de la reforma por la Ley 13/2009, si no había acuerdo en la conciliación se pasaba directamente a juicio, sin solución de continuidad, con la reforma aunque se pasa seguidamente al juicio oral, sin embargo sí hay solución de continuidad.

Es así que la LPL, antes de la reforma citada, configuraba la citación para la conciliación y para el juicio en un mismo acto ante el órgano que ha de conocer del proceso, que era el órgano judicial y la asistencia al acto de conciliación era obligatoria para ambas partes; así, se especificaba en el artículo 83 de la LPL que “sólo a petición de ambas partes o por motivos justificados, acreditados ante el órgano judicial, podrán

³² MONTERO AROCA, concluye sosteniendo que “decir en una ley que un contrato de transacción se convierte en un título ejecutivo capaz de ejecutarse por los trámites del proceso de ejecución ordinario, no supone equiparar ese título a la cosa juzgada producida por una sentencia; ésta es la única que puede producir la irrevocabilidad en la declaración del derecho, como efecto propio de la potestad jurisdiccional”. Véase *La conciliación previa o extrajudicial en el proceso...*, op. cit., págs. 188 y 189.

³³ MONTERO AROCA, denomina a la conciliación intraprocesal como preventiva en la justificación de que el proceso aunque formalmente ha comenzado con la presentación de la demanda, en esta no se ha ejercitado completamente la pretensión. Véase “Las conciliaciones en el proceso laboral”, en *Revista de Derecho Procesal*, 1973, núm. 2-3, pág. 180.

suspenderse por una sola vez los actos de conciliación y juicio, señalándose nuevamente dentro de los diez días siguientes a la fecha de la suspensión (...).” Ahora, tal y como está contemplado en la reforma, “sólo a petición de ambas partes y por motivos justificados, acreditados ante el Secretario judicial, podrá éste suspender por una sola vez los actos de conciliación y juicio, señalándose nuevamente dentro de los diez días siguientes a la fecha de la suspensión. Excepcionalmente y por circunstancias graves adecuadamente probadas, podrá acordarse una segunda suspensión”. Por consiguiente, ahora es el Secretario judicial quien acuerda la suspensión ya que la conciliación intraprocesal se va a llevar a cabo ante su presencia.

Ahora bien, al igual que la conciliación previa, la conciliación intraprocesal es obligatoria, con lo que si el demandante no comparece se entenderá que ha desistido de la demanda siempre y cuando no alegue causa justa, y si es el demandado no impedirá la celebración del juicio, que continuará sin necesidad de declarar su rebeldía. Si el demandado no comparece ante el Secretario judicial para realizar la conciliación, ésta se entenderá intentada sin efecto. Sin embargo, al llevarse a cabo la conciliación ahora ante el Secretario judicial y el juicio ante el órgano judicial, en el primer caso, el Secretario le tendrá por desistido de su demanda y en el segundo caso será el juez. Por tanto, la conciliación judicial si bien no es un presupuesto procesal como la conciliación previa puesto que ya se ha iniciado el proceso, sin embargo, es un trámite esencial de imprescindible cumplimiento en el proceso laboral. La conciliación tiene lugar para evitar el debate contradictorio y permitir una solución negociada o transaccional, que siempre será más beneficiosa que la impuesta por el juez.

Sin embargo, a diferencia de la conciliación previa donde veíamos que existían procesos excluidos de la misma, para la conciliación intraprocesal la LPL no señala nada. De modo que la conciliación intraprocesal procederá para todos los asuntos laborales sin excepción alguna, aunque como ha señalado la doctrina se trate de asuntos exceptuados de la conciliación previa y con independencia de que no se disponga de forma expresa en la modalidad procesal correspondiente, por ejemplo, en los procesos de conflicto colectivo, para lo que los artículos 151 y ss de la LPL no prevén de manera expresa la conciliación

judicial o intraprocesal³⁴. No obstante, señala ROMERO PRADA, hay que exceptuar, no obstante, a pesar del silencio del legislador, los procesos que precisan de reclamación previa y aquellos en los que no cabe transigir³⁵.

Del procedimiento del acto de conciliación, la LPL regula poco, lo único que contiene son una serie de reglas en torno a la intervención del Secretario judicial, antes órgano judicial, en la celebración de la conciliación, que vienen a constituir garantías para las partes. Así, en el artículo 84 se indica que el Secretario judicial intentará la conciliación, llevando a cabo la labor mediadora que le es propia, y advertirá a las partes de los derechos y obligaciones que pudieran corresponderles. Si las partes se avienen el Secretario judicial dictará decreto aprobándola y acordando, además, el archivo de las actuaciones. Además, ahora el Secretario cumple con la función de no aprobación del acuerdo si considera que el acuerdo es susceptible de lesión grave para alguna de las partes, de fraude de ley o de abuso de derecho, advirtiéndoles entonces a las partes de que deben comparecer ante el órgano judicial para la celebración del acto del juicio.

Por consiguiente, ahora es a través de decreto dictado por el Secretario judicial el que va a contener el acuerdo de las partes y no ya a través de auto que lo dictaba el juez.

Ahora será el Secretario judicial y no el juez como antes el que tiene que controlar que lo convenido no sea constitutivo de lesión grave para alguna de las partes, de fraude de ley o de abuso de derecho porque si esto es así no aprobará el acuerdo al que han llegado las partes. El fundamento principal de este control que efectúa el Secretario judicial del acuerdo logrado en conciliación, se debe, a mi entender, a la desigualdad en la que generalmente se encuentran las partes contendientes, empresario y trabajador, sobre todo cuando las mismas acuden al acto sin la asistencia de abogado. En el proceso civil, la ley no establece que el Secretario judicial o en su caso el Juez de Paz tengan que realizar ningún control, entiendo que sólo es el proceso laboral por las desigualdades de ambas partes.

En definitiva, el Secretario judicial se va a limitar a aprobar el acuerdo cuando entienda que no existe abuso o lesión a los derechos. Si antes de la reforma efectuada por la Ley 13/2009, la aprobación de lo convenido no implicaba un juicio de fondo, ni una

³⁴ ROMERO PRADA, *La conciliación en el proceso...*, op. cit., pág. 215.

³⁵ *Ibidem*.

aceptación por el juez como buena solución la acordada, sino que se trataba de una mera “homologación” en la que se comprobaban requisitos formales y materiales exigibles para poner término al conflicto y era sólo una sanción externa del acuerdo transaccional entre las partes, que no entraba a valorar su contenido, no se interesaba por el fondo del asunto³⁶, tras la reforma esto se ha acentuado aún más ya que al practicarse la conciliación ante el Secretario judicial, éste al no ostentar la potestad jurisdiccional en ningún caso podría prejuzgar el fondo del asunto que, en cualquier caso, le correspondería al órgano judicial.

Aunque no se haya llegado a un acuerdo entre las partes en el mismo acto de la conciliación todavía es posible que se llegue a un acuerdo pero, tal y como prevé la Ley de Procedimiento Laboral, el acuerdo será aprobado por el Juez o Tribunal, a no ser que se haya suspendido el acto del juicio por cualquier causa y entonces deba intervenir de nuevo el Secretario judicial. A mi parecer, si las partes no llegan a un acuerdo en el acto de la conciliación pero posteriormente sí lo hacen ante el Juez, éste no realiza una función conciliadora como deberá hacerlo el Secretario judicial sino que simplemente homologará el acuerdo al que hayan llegado sin llevar a cabo ningún trabajo de conciliador o mediador.

Del acto de conciliación se debe extender la correspondiente acta (art. 84.4 de la LPL), evidentemente cuando las partes hayan llegado a un acuerdo, sino será el acta del juicio la que hará referencia a la conciliación celebrada sin acuerdo.

En cuanto al resultado de la conciliación, ésta puede concluir con acuerdo o sin acuerdo de las partes. Si sucede lo último se pasará seguidamente al juicio, pero también se puede pasar a juicio en el caso de que las partes hayan llegado a un acuerdo pero el Secretario judicial entienda que el mismo sea constitutivo de fraude, lesivo de algún derecho de las partes o de abuso de derecho, por lo tanto, como dije anteriormente, el Secretario debe efectuar un control de lo convenido y no homologar sin más el acto. En este sentido, la intervención del Secretario constituye una garantía para las partes. El Secretario desempeña un papel primordial para el correcto desarrollo de la conciliación, como factor equilibrador de los planteamientos distanciados de las partes, impulso y freno según los

³⁶ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, “Indisponibilidad de los derechos y conciliación en las relaciones laborales”, op. cit., págs. 29 y 39.

casos que contribuye a posibilitar el logro de una solución justa acordada por las mismas³⁷. Además, el Secretario judicial debe advertir a las partes de sus derechos y obligaciones, tal y como se exige en el artículo 84 de la LPL; esta advertencia, teniendo en cuenta que en el momento en el que se celebra la conciliación todavía las partes no han realizado las alegaciones, no han propuesto ni practicado prueba y no han realizado, evidentemente, las conclusiones definitivas, tiene que ser general, abstracta y neutra, como señala la doctrina, calculadamente distante de la controversia concreta suscitada entre las partes. Lo cierto es que al haberse atribuido competencias al Secretario judicial para llevar a cabo la conciliación, función que por otro lado le es propia, y habérselas quitado al juez se van a plantear menos problemas en el sentido apuntado porque el sujeto ante quien se realiza la conciliación es distinto, ya no es el juez el que va a conocer del asunto sino el Secretario judicial, por tanto, el problema de que el juez adelante la solución no se va a plantear. Con la regulación anterior, la doctrina sostenía que cualquier solución que el juez adelantase habría de hacerse a reserva de la prueba que las partes hubiesen de practicar en el desarrollo del juicio propiamente dicho³⁸.

Podemos sistematizar los cometidos del Secretario judicial en la conciliación laboral, en concurrencia con el análisis del artículo 84.1 de la LPL, de la siguiente forma:

- a) El deber del Secretario de intentar la conciliación, denominado también como “la procura de la conciliación”;
- b) Obligación de advertir a las partes de los derechos y obligaciones que pudieran corresponderles, o “la instrucción sobre Derecho”;
- c) Aprobación de la avenencia y;

³⁷ Véase a GARCÍA QUIÑONES, *La conciliación judicial en el proceso...*, op. cit., pág. 38, anterior a la reforma por la Ley 13/2009, aplicable, por tanto, al juez que era el encargado de realizar la conciliación. Señala dicho autor que resultan discutibles determinadas funciones que, bajo la denominación común de técnicas de avenencia, atribuye la doctrina al Juez cuando sistematiza esa relación de técnicas de avenencia a emplear en el desempeño de su función de conciliador, aun cuando sí pudieran contribuir de un modo efectivo a solventar amistosamente la controversia. En concreto, nos referimos a aquella que se identifica como búsqueda de soluciones imaginativas, y sobre todo, al ofrecimiento por el Magistrado de alternativas a las partes. Por el contrario, tienen encaje pleno dentro de la labor conciliadora el conocimiento previo por el juzgador de las posiciones de las partes, la información a las mismas de sus derechos y obligaciones, y la reducción del conflicto a su mínima expresión, pág. 41.

³⁸ GARCÍA QUIÑONES, *La conciliación judicial en el proceso...*, op. cit., pág. 57.

d) Para el caso de no obtenerse un resultado positivo de la conciliación, que se dará por intentada sin efecto, corresponde también al Secretario decidir en qué preciso momento debe considerarse fracasada la tentativa conciliatoria que se celebra a su presencia, pasando a celebrarse propiamente el acto del juicio ya en presencia del órgano judicial³⁹.

Además, como anteriormente he mencionado, la Ley prevé en su artículo 84.3 que el acuerdo de las partes tenga lugar en cualquier momento del juicio antes de dictarse la sentencia, por tanto, aunque las partes no hayan llegado a un acuerdo en la conciliación judicial o intraprosesal, el mismo pueden lograrlo en un momento posterior, siempre y cuando sea anterior al momento de dictar sentencia. A esta conciliación la he denominado por la doctrina como “conciliación impropia”, sobre todo si es posterior a la práctica de la prueba⁴⁰. Únicamente en el procedimiento de oficio “la conciliación solo podrá ser autorizada por el Secretario judicial cuando fuera cumplidamente satisfecha la totalidad de los perjuicios causados por la infracción, tal y como se dispone en el artículo 148.2 b) de la LPL.

En cuanto a la eficacia de lo convenido en conciliación, que ya lo hemos tratado anteriormente, decir que en el párrafo quinto del artículo 84 de la LPL se le atribuye fuerza ejecutiva, pudiendo ejecutarse el acuerdo por los trámites de ejecución de las sentencias. No volvemos a repetir aquí lo dicho anteriormente simplemente concluir diciendo que aunque la Ley le atribuye fuerza ejecutiva ello no significa que tenga el efecto de cosa juzgada, son cosas totalmente distintas y más con la regulación efectuada por la Ley 13/2009 que atribuye la competencia para aprobar el acuerdo por decreto al Secretario judicial.

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO OLEA, MIÑAMBRES PUIG y ALONSO GARCÍA, *Derecho Procesal del Trabajo*, 13 ed., Madrid, 2004

³⁹ Véase a GARCÍA QUIÑONES, *La conciliación judicial en el proceso...*, op. cit., págs. 48 y 49.

⁴⁰ ALONSO OLEA, MIÑAMBRES PUIG y ALONSO GARCÍA, *Derecho Procesal del Trabajo*, 13 ed., Madrid, 2004, pág. 185.

- BELLIDO ASPAS, “Perspectivas de futuro de los sistemas de solución extrajudicial de conflictos”, Conferencia dictada en las Jornadas Nacionales de Solución Extrajudicial de Conflictos Laborales, celebrada el 27 de junio de 2008 en Zaragoza, en <http://www.fsima.es>
- CARRIZOSA PRIETO, Derechos de libertad sindical y principio de igualdad, Pablo de Olavide, en prensa
- GARCÍA QUIÑONES, *La conciliación judicial en el proceso laboral*, Valencia, 2007
- MONTERO AROCA, Juan, *La conciliación preventiva en el proceso civil*, Barcelona, 1981
- MONTERO AROCA, “Las conciliaciones en el proceso laboral”, en *Revista de Derecho Procesal*, 1973, núm. 2-3
- MONTERO AROCA, IGLESIAS CABERO, MARÍN CORREA y SANPEDRO CORRAL, *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*, Madrid, 1993
- RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, “Indisponibilidad de los derechos y conciliación en las relaciones laborales”, en *Temas Laborales, Revista Andaluza de Trabajo y bienestar Social*, núm. 70, 2003
- ROMERO PRADA, Isabel, *La conciliación en el proceso laboral*, Valencia, 2000
- SOLETO MUÑOZ, “Mediación laboral. Mediación comunitaria”, en *Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente*, (coods. SOLETO MUÑOZ y OTERO PARGA), Madrid, 2007.

CONTRIBUTO AO ESTUDO DA SENTENÇA DECLARATÓRIA

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.

*“Mais malgré la meilleure législation, les procès naîtront toujours des intérêts
contraires et des passions humaines”*,

(BORDEAUX, Philosophie de la Procédure Civile, Edit. Auguste Hérissey, Évreux,
1857, Cap. XVIII, p. 243).

Sumário: 1. A eficácia preponderante como critério classificador; 2. Pretensão declaratória; 2.1. Objeto; 2.2. Interesse de agir; 2.3. Características da pretensão declaratória; 3. Sentença declarativa e coação; 4. Prescrição e decadência da pretensão declarativa.

1. A eficácia preponderante como critério classificador

Sempre que o tormentoso tema da classificação das sentenças se apresenta, convém, antes de tudo, revelar qual o critério utilizado para identificar cada uma das espécies de sentença, a fim de permitir uma compreensão mais exata de cada uma delas, evitando, com isso, uma possível confusão na hora de escolher qual pretensão processual é mais apta a realizar o meu direito. Para tanto utilizaremos um estudo anterior que já apontou detalhadamente todos estes critérios.

Desde o direito romano as pretensões (*rectius*, ações¹) eram classificadas de acordo com a ‘*natureza do direito*’, ou seja, pessoais, reais, mista, pretoriais, etc². 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 direito⁴, pela modalidade que leva em consideração os ‘*efectos jurídicos existentes*’⁵.

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 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

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 sentença⁶, sua essência, algo que a integra, os efeitos são algo externo, que se projetam fora da mesma⁷. Por isso a eficácia, que está no conteúdo da sentença, é a causa⁸ dos possíveis efeitos que, originados de seu conteúdo, se projetam e se manifestam fora da mesma sentença, mas com ela não se confunde⁹. Em conseqüência, o conteúdo da sentença, por ser causa, é maior que os efeitos por ela produzidos¹⁰, isto é, uma sentença pode conter diversas eficácias e produzir, por via de conseqüência, efeitos também diversos que podem

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 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 “entidade”, 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.

ocorrer ou não, *e. g.*, de acordo com a doutrina majoritária, a sentença condenatória¹¹ 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 condenatória¹².

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 sentenças¹³, 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*

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.

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.

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 consequência 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.

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 eficácia¹⁵. A partir daí

¹⁴ *Curso de processo civil*, ob. cit., v. I, p. 463.

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

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 consequência, 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 sentença¹⁸, ou 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 domandato*”, como se fosse “*l’unica classificazione legittima*”¹⁹, tem sido bastante

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, año 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 força’, pesando-se-lhes, por bem dizer, a eficácia (força 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.

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*

criticada²⁰, pois “*quando los conceptos dogmáticos empiezan 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 jurisdicional²². Porém, o certo é que estas duas atividades, conhecer e executar, por questões de ordem sócio-econômica podem, em algumas situações, estar juntas, sendo inclusive impensável separá-las, como ocorre, por exemplo, na tutela cautelar²³, no despejo²⁴, etc²⁵. A relatividade desse binômio,

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, 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 iudicati* 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 praxeamento 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

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 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

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, n° 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, n° 4, p. 987.

²⁶ *Processo de execução*, São Paulo: Saraiva, 1946, n° 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, n° 121, p. 618.

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.

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 domanda giurisdizionale”²⁸.

2. Pretensão declaratória

Declarar significa deixar claro o que está duvidoso, ou seja, se existe alguma obscuridade no mundo jurídico é necessário que se ilumine, que se aclare esta incerteza²⁹. Por esse motivo, esta pretensão se caracteriza fundamentalmente pela eliminação de uma incerteza (daí o verbo ‘de + clarear’) através de um *petitum* de mera declaração (*petitum declaratório*) de existência (positiva) ou inexistência (negativa) de uma relação jurídica ao

²⁸ Note riepilogative su azione e forme di tutela, nell’ottica della domanda giudiziale. In: Riv. Dir. Proc., 1993, nº 2, p. 489.

²⁹ Seguindo a opinião de ATTARDI, não podemos confundir a incerteza *extraprocessual* com a incerteza *processual*, pois: “l’una evidentemente sussiste per il semplice fatto della proposizione di una domanda e al riguardo non è possibile distinguere tra processi di mero accertamento o di condanna o costitutivo; l’altra, invece, richiede una particolare situazione di fatto (che, di regola, è la contestazione dell’altro soggetto del rapporto giuridico) che può sussistere o meno, essere elevata o meno a presupposto di ogni tipo di processo”, vale dizer, “si parla dell’incertezza ‘processuale’ in relazione al fatto che il processo si svolge sulla base di una semplice affermazione di un diritto e quindi non presuppone l’esistenza di tale diritto, il quale potrà anzi risultare inesistente alla fine del processo: di modo che è ‘incerto’, all’inizio del processo, se il diritto esista o meno, se la domanda proposta dall’attore sia o meno fondata”, *L’interesse ad agire*, Padova: Cedam, 1958, cap. I, nº 3, p. 43.

órgão jurisdicional³⁰. E, a partir da eliminação de incertezas se acredita automaticamente a certeza jurídica, que é o fim buscado pela pretensão declaratória³¹. Também denominada no direito comparado *jugements déclaratoires, Feststellungsurteile, declaratory judgments ou azione di mero accertamento*.

A sentença declaratória se caracteriza pela existência do verbo ‘*ser*’ ou ‘*não ser*’³², Daí que toda sentença contenha eficácia declaratória, inclusive as de improcedência, pois, devido ao monopólio da jurisdição, o mínimo de prestação jurisdicional que o Estado pode realizar é aplicar a lei ao caso concreto, é a denominada subsunção ou aplicação da norma abstrata ao caso concreto³³; isto é, o juiz deverá, como mínimo, dizer se o direito objetivo ‘*é*’ ou ‘*não é*’ aplicável ao caso concreto. Por esta razão, a declaração é o *minus* de atividade jurisdicional contido em qualquer decisão judicial³⁴.

³⁰ Para DENTI: “In realtà, il mero accertamento è tale non perché il giudice si limiti alla sola ‘dichiarazione’ dell’effetto giuridico, ma perché alla fattispecie dedotta in giudizio non si ricollega né il ‘quid pluris’, né il ‘quid novi’ che caratterizzano, sul piano sostanziale, la tutela di condanna e la tutela costitutiva”, *La giustizia civile*, Bologna: Mulino, 1989, cap. IV, nº 6, p. 122.

³¹ Assim CHIOVENDA, *Azioni e sentenza di mero accertamento*. In: Saggi di Diritto Processuale Civile, Milano: Giuffrè, 1993, v. III, p. 21 e também *Azione di mero accertamento*. In: Saggi di Diritto Processuale Civile, ob. cit., p. 51. Um caso particular de pretensão declarativa é aquela que trata da *pretensão declaratória incidental*, onde qualquer das partes, inclusive terceiros, pode deduzir pretensão autônoma em um processo pendente para pedir que sobre a questão incidental, também denominada questão prejudicial civil, o juiz decida através de uma sentença com força de coisa julgada material. No direito comparado, esta pretensão encontra-se prevista no art. 34 do CPC italiano: “Accertamenti incidentali. Il giudice, se per legge o per esplicita domanda di una delle parti è necessario decidere con efficacia di giudicato una questione pregiudiziale che appartiene per materia o valore alla competenza di un giudice superiore, rimette tutta la causa a quest’ultimo, assegnando alle parte un termine perentorio per la riassunzione della causa davanti a lui”; no §256 par. 2 da ZPO alemã (*Zwischenfeststellungsklage*): “II. Hasta la conclusión de la vista oral sobre la que recae el fallo, el demandante, ampliando la demanda, o el demandado, presentando una reconvencción, pueden solicitar que una relación jurídica, que se ha hecho litigiosa durante el proceso, de cuya existencia o no depende totalmente o en parte la resolución del litigioso, sea determinada por medio de fallo judicial”, *Código de proceso civil alemán*. Trad. Emilio EiranovaEncinas. Madrid: Marcial Pons, 2001, p. 78; e nos arts. 5º e 470 do CPC brasileiro: “art. 5º. Se, no curso do processo, se tornar litigiosa relação jurídica de cuja existência o inexistência depender o julgamento da lide, qualquer das partes poderá requerer que o juiz a declare por sentença” e “art. 470. Faz, todavia, coisa julgada a resolução da questão prejudicial, se a parte o requerer (arts. 5º e 325), o juiz for competente em razão da matéria e constituir pressuposto necessário para o julgamento da lide”.

³² Para PONTES DE MIRANDA, “o que se colima com a ação declarativa, é estabelecer-se a certeza no mundo jurídico, ou para se dar por certa a existência da relação jurídica ou a autenticidade do documento, o que se mostra no mundo jurídico; ou para se dar por certo que a relação jurídica não existe, ou que é falso o documento. Afastam-se dúvidas, de modo que há sempre o enunciado existencial: é, ou não é”, *Tratado das ações*, ob. cit., t. II, p. 5.

³³ Para aprofundar melhor o estudo da aplicação do direito, vid. por todos DÍEZ-PICAZO, *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, Barcelona: Ariel, 1993, p. 220 e ss.

³⁴ Para CALAMANDREI, toda “sentencia tiene carácter ‘declarativo’; en cuanto la misma no mira a crear el derecho, no tiende a formar nuevas relaciones jurídicas, sino que se limita a reconocer las concretas

2.1. Objeto

O objeto de uma pretensão meramente declarativa é geralmente uma relação jurídica e, excepcionalmente, um estado de fato³⁵. Em conseqüência, os fatos que não revistam o caráter de uma relação jurídica ficam excluídos do alcance desta pretensão, e isto significa dizer, de acordo com a opinião de CHIOVENDA, que “*quantunque giuridicamente rilevante, un semplice fatto non può essere oggetto della sentenza d’accertamento*”³⁶.

Esta impossibilidade é bem ilustrada pelo autor, quando afirma, v. g., que “*non si può accertare che fu concluso un contratto, ma che esiste un valido contratto; (...) non che*

voluntades de ley, en las cuales ya antes del proceso y sin la intervención del juez, la norma abstracta se ha especializado, dirigiéndose a los sujetos de la relación jurídica controvertida”, *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. 21. No mesmo sentido, HABSCHEID, para quem “l’effet déclaratif est une ‘caractéristique de tout jugement final, le jugement déclaratif ayant pour particularité de n’avoir que cet effet”, *Droit judiciaire privé suisse*. Genève: Librairie de L’Université Gerog et Cie S.A., 1981, §49, p. 301; L. MAZEAUD, que indica que: “Tout jugement est pour eux déclaratif”, *De la distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs de droits*, em Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1929, p. 21; e GOLDSCHMIDT, *Derecho procesal civil*. Trad. Leonardo Prieto-Castro, Barcelona: Labor, 1936, §14, p. 105; entre outros.

³⁵ O direito brasileiro regula esta pretensão no art. 4º, do CPC, segundo a qual: “O interesse do autor pode limitar-se à declaração: I. Da existência ou da inexistência de relação jurídica; II. Da autenticidade ou falsidade de documento. Parágrafo único. É admissível a ação declaratória, ainda que tenha ocorrido a violação do direito”.

No direito alemão esta pretensão, denominada *Feststellungsklage*, encontra-se prevista no §256, da ZPO, segundo a qual: “I. Si el demandante tiene un interés jurídico en que se constate inmediatamente por medio de fallo judicial la relación jurídica o la legitimidad o ilegitimidad del documento, se puede entablar acción de comprobación de la existencia o no de una relación jurídica, de reconocimiento de un documento o de comprobación de su ilegitimidad”, *Código procesal civil alemán*, ob. cit., p. 78.

O direito espanhol regula esta pretensão de forma muito ampla no art. 5, da LEC, segundo a qual: “Se podrá pretender de los tribunales la condena de determinada prestación, la declaración de la existencia de derechos y de situaciones jurídicas, (...)”.

Sobre a pretensão declaratória no direito comparado, consultar por todos CHIOVENDA, *Azioni e sentenza di mero accertamento*, ob. cit., p. 25 a 47; ALFREDO BUZUID, *Ação declaratória no direito brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 1986, especialmente p. 63 a 106, e AGRICOLA BARBI, *A ação declaratória no processo civil brasileiro*, São Paulo: Sugestões Literárias S/A, 1968, principalmente p. 27 a 44.

³⁶ *Istituzioni di diritto processuale civile*, ob. cit., v. I, nº 69, p. 201 (a orden das palavras foi modificada). De igual modo, BUZUID, quando afirma que “ainda que juridicamente relevante, um simples fato não pode constituir objeto da ação declaratória”, *A ação declaratória no direito brasileiro*, ob. cit., p. 147; CARPI-TARUFFO, ao afirmar que: “L’azione di mero accertamento non può avere per oggetto una ‘mera situazione di fatto’ (salvi i casi eccezionalmente previsti dalla legge)”, *Commentario breve al codice di procedura civile*, Padova: Cedam, 1999, art. 100, p. 374; STEFAN LEIBLE, ao dizer: “No pueden ser objeto de una demanda declarativa la comprobación de simples hechos y menos la comprobación de cuestiones jurídicas abstractas o de cuestiones previas”, *Proceso civil alemán*. Trad. Rodolfo E. Witthaus. Medellín: Diké, 1999, p. 170; GOLDSCHMIDT, *Derecho procesal civil*, ob. cit., §14, p. 105; e KISCH, *Elementos de derecho procesal civil*. Trad. Prieto-Castro. Madrid: Revista Derecho Privado, 1940, §38, p. 181.

*Caio sai stato accolto in una società, ma che egli è membro di questa società. (...) Uma azione diretta all'accertamento d'uno di questi fatti giuridici, deve interpretarsi possibilmente come diretta in realtà all'accertamento del rapporto*³⁷.

O estudo da relação jurídica é muito complexo, podendo a mesma ser analisada em sentido amplo ou restrito, na forma primária ou secundária, ou ainda, na perspectiva das varias relações contidas num só ato jurídico ou das relações entre relações jurídicas³⁸. Mas o certo é que as relações jurídicas ocorrem em qualquer campo do direito, seja privado ou público, relativo, absoluto ou potestativo, civil, processual, penal ou trabalhista, atravessando universalmente todos os domínios do direito positivo. Por isso seu estudo pertence à Teoria Geral do Direito.

Mas o que vem a ser uma relação jurídica como objeto de uma pretensão meramente declaratória. PONTES DE MIRANDA a define como “*uma relação inter-humana, a que a regra jurídica, incidindo sobre os fatos, torna jurídica*”³⁹. Ou, como quer LOURIVAL VILANOVA, “*é relação intersubjetiva, entre sujeitos-de-direito*”⁴⁰. Já para KELSEN, uma relação jurídica não se dá necessariamente entre dois indivíduos, mas sim “*entre a conduta de dois indivíduos determinada por normas jurídicas*”⁴¹. Em sentido diverso CARNELUTTI, para quem a relação jurídica regulada pelo direito se explica “*como un conflicto de intereses, y el efecto de la reglamentación como una atribución a los interesados de un poder y de un deber*”⁴².

2.2. Interesse de Agir

³⁷ *Istituzioni di diritto processuale civile*, ob. cit., v. I, nº 69, p. 201.

³⁸ Indiscutivelmente dois autores brasileiros se destacaram no estudo da relação jurídica, um deles PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, São Paulo: RT, 1983, t. I, §39 e ss, p. 117 a 132. O outro, LOURIVAL VILANOVA, na sua clássica obra *Causalidade e relação no direito*, São Paulo: Saraiva, 1989, especialmente nos Cap. III, VI a IX.

³⁹ *Tratado de direito privado*, ob. cit., §39, p. 117.

⁴⁰ *Causalidade e relação no direito*, ob. cit., p. 76.

⁴¹ *Teoria pura do direito*, São Paulo: Martins Fontes, 1987, p. 179.

⁴² *Teoría general del derecho*. Trad. Carlos G. Posada. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1941, §94, p. 195.

O interesse jurídico⁴³ que legitima a proposição da pretensão declaratória deve ser demonstrado objetivamente, isto é, não deve vir de uma preocupação interna do demandante, já que não basta o estado de dúvida a respeito de seu direito, é necessário que se acrescente a esta incerteza alguma circunstância externa, jurídica, atual e objetiva, diversa e mais grave que a simples incerteza subjetiva, capaz de demonstrar ao juiz que a falta de certeza esta produzindo ou produzirá um dano⁴⁴.

Seguindo a opinião de CARPI-TARUFFO, podemos concluir dizendo que o interesse jurídico para atuar em uma pretensão meramente declaratória só existe quando se dá uma “*situazione attuale di obiettiva incertezza di diritti*”⁴⁵.

A sentença denomina-se meramente declaratória porque entre todas as possíveis eficácias compreendidas em seu conteúdo a *preponderante* ou em *maior grau* pretendida pela parte é a *produção de uma certeza jurídica através da eliminação de uma incerteza fundamentalmente sobre a existência ou inexistência de uma relação jurídica*. Junto a esta eficácia, também pode dita sentença produzir uma eficácia condenatória, que se dá com a criação tanto do título executivo de condenação em custas como na criação da fase executiva para realizar este título.

Com um ponto de vista bastante peculiar, encontramos JOÃO BATISTA LOPES, para quem “*a ação declaratória não visa, na verdade, a desfazer dúvida ou incerteza sobre*

⁴³ A este respeito merece aprovação o exposto por STEFAN LEIBLÉ, quando o mesmo salienta que o interesse deve ser “jurídico y no simplemente fáctico o económico”, pois, um interesse só é jurídico “si existe una situación de incertidumbre y el demandado es perjudicado por ello en su posición jurídica” *Proceso civil alemán*, ob. cit., p. 170.

⁴⁴ De igual modo, CHIOVENDA, para quem “la incertezza deve essere ‘obbiettiva’, nel senso che non basta che il titolare d’un diritto sia incerto sul proprio diritto, ma occorre un atto o fatto ‘esteriore obbiettivo’ tale da rendere incerta la volontà concreta della legge alla mente di ogni persona normale. La incertezza deve essere ‘giuridica’, cioè relativa a diritti o doveri; deve essere ‘attuale’, cioè già nata e non solo possibile”, *Istituzioni di diritto processuale civile*, ob. cit., v. I, n° 65, p. 196 (igualmente em *Azione di mero accertamento*. In: *Saggi di Diritto Processuale Civile*, ob. cit., p. 68. Nesta ordem de idéias encontramos LIEBMAN, quando afirma que “questo interesse dovrà ritenersi esistente sempre che vi sia incertezza intorno all’esistenza, inesistenza, contenuto, modalità di un rapporto giuridico e questa incertezza produca un danno”, *Manuale di diritto processuale civile*, ob. cit., t. I, n° 83, p. 160 e 161; e KISCH, *Elementos de derecho procesal civil*, ob. cit., §38, p. 179. De acordo com a opinião de CARNELUTTI: “La incertezza, badiamo, è sempre un fenomeno subbiettivo; è dentro di noi, non fuori. Se, a malgrado di ciò, si continua a parlare (anche CALAMANDREI ne parla) di incertezza ‘obbiettiva’, questo, se non ha da essere uno sproposito, diventa, come vedremo subito, un modo di dire convenzionale, in cui la parola <incertezza> perde il suo preciso significato”, *Lite e proceso*. In: *Studi di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, 1939, v. III, p. 23.

⁴⁵ *Commentario breve al codice di procedura civile*, ob. cit., art. 100, p. 374.

a existência ou inexistência de relação jurídica, mas objetiva o valor ‘segurança’, emergente da coisa julgada”⁴⁶. Eis aí o interesse de agir para o autor.

Em todos os casos o interesse de agir deve sempre estar presente no momento da propositura da ação.

2.3. Características da pretensão declaratória

Entre as características da pretensão meramente declaratória podemos destacar: **a)** a possibilidade de qualquer das partes de assumir no início a posição de demandante, daí que a dívida pode ser positiva ou negativa⁴⁷; **b)** a peculiaridade fenomênica de consumir-se em si mesma, ou seja, se esgota no mundo normativo do ‘dever ser’, não necessitando nenhuma outra decisão jurisdicional para realizar-se; **c)** a extensão dos efeitos retroativos (*ex tunc*), vez que limita-se a reconhecer a existência de uma relação jurídica anterior a sua existência⁴⁸; **d)** o desnecessário que é a violação do direito para a declaração da certeza jurídica, isto é, a obtenção da certeza jurídica pode existir ainda que não tenha ocorrido a vulnerabilidade do direito, porém nada impede a proposição da pretensão declaratória depois da existência do dano⁴⁹; **e)** a produção da coisa julgada⁵⁰.

⁴⁶ *Ação declaratória*, São Paulo: RT, 1991, p. 53.

⁴⁷ A este respeito, afirma acertada CARNELUTTI que: “La declaración de una situación jurídica puede ser pedida, tanto por quien ‘pretende’ como por quien ‘discute’ su existencia. (...) Según las dos hipótesis, se habla de declaración ‘positiva’ o ‘negativa’”, *Instituciones del nuevo proceso civil italiano*. Trad. Jaime Guasp. Barcelona: Bosch, 1942, v. I, nº 32, p. 55.

⁴⁸ Se orienta neste sentido, L. MAZEAUD, que foi um dos primeros autores a sustentar que los “effets du jugement déclaratif remontent au jour de la naissance du droit”, vale dizer, “le jugement déclaratif produit ses effets dès la naissance du droit”, *De la distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs de droits*, ob. cit., p. 42 e 43. Partindo desta característica, CARNELUTTI define a pretensão declaratória quando “la ‘existencia de la situación declarada por el juez es independiente de su declaración’; si alguien discute mi propiedad sobre una finca determinada y el juez la declara, la propiedad existe después de tal declaración igual que existía antes. En este caso el proceso actúa, no sobre la existencia de la situación, sino sobre su certeza en cuanto la declaración del juez ‘convierte la norma jurídica en un precepto relativo al caso deducido en el proceso’”, *Instituciones del nuevo proceso civil italiano*, ob. cit., v. I, nº 32, p. 55.

⁴⁹ Analogamente, LORCA NAVARRETE indica que “las pretensiones meramente declarativas ‘no requieren una previa violación’ de un derecho para que pueda interponerse”, *Introducción al derecho procesal*, ob. cit., tema IV, nº 2, p. 91. No mesmo sentido, CARPI-TARUFFO, quando afirmam que “tale incertezza ‘non determini la lesione attuale di un diritto ma solo il pericolo’ di tale lesione”, *Commentario breve al codice di procedura civile*, ob. cit., art. 100, p. 374. No direito brasileiro esta possibilidade está prevista no § único do

Como exemplo de pretensão declaratória encontramos a ação de consignação em pagamento, a demarcatória de terras (*actio finium regundorum*), a concernente ao direito autoral de personalidade, entre tantas outras⁵¹. No direito espanhol encontramos a ‘acción de jactancia’⁵².

3. Sentença declarativa e coação

Igual a qualquer outra sentença, a que deriva deste tipo de pretensão é intrínseca e objetivamente coercitiva⁵³, razão pela qual em toda sentença declaratória existe uma

art. 4º do CPC, anteriormente citado: “É admissível a ação declaratória, ainda que tenha ocorrido a violação do direito”.

⁵⁰ Assim se expressa, também, CHIOVENDA, ao dizer: “Conviene premettere che la sentenza dichiarativa non può servire al suo scopo di creare la certezza giuridica se non in quanto sia atta a formare la cosa giudicata”, *Istituzioni di diritto processuale civile*, ob. cit., v. I, nº 65, p. 195; PRIETO-CASTRO, quando diz: “Con ella se trata de lograr de modo indiscutible, por la fuerza de la cosa juzgada, la eliminación del peligro y la desaparición de la incerteza o de la inseguridad en que se halle el actor”, *Derecho procesal civil*, Madrid: Tecnos, 1989, nº 68, p. 108; HABSCHEID, *Droit judiciaire privé suisse*, ob. cit., §49, p. 302; GOLDSCHMIDT, *Derecho procesal civil*, ob. cit., §14, p. 109; e KISCH, *Elementos de derecho procesal civil*, ob. cit., §38, p. 178.

⁵¹ Sobre os vários tipos de pretensão declarativa especialmente no direito brasileiro, consultar por todos PONTES DE MIRANDA, *Tratado das ações*, ob. cit., t. II, §15, p. 105 ao §26, p. 136, bem como nos §§ 32 ao 69, pp. 157 a 304.

⁵² Para aprofundar melhor o estudo da declaração de certeza e os juízos de jactância, vid. por todos CHIOVENDA, *La acción en el sistema de los derechos*, ob. cit., p. 115 a 138, nota 68.

⁵³ 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 ilumina. 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

coação potencial⁵⁴, e. g., na pretensão consignatória de pagamento, que tem natureza declarativa positiva ou negativa⁵⁵, a sentença exerce uma pressão psíquica sobre a vontade

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 limitato”, *L’azione esecutiva*, ob. cit., nº 27, p. 187. De acordo com MANDRIOLI, a teoria 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 la declaración de certeza ha adquirido una importancia por sí propia; 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, nota 7. 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.

⁵⁴ 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 judiciais, 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 filosofia 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.

do obrigado através da força da coisa julgada material, não lhe permitindo vangloriar-se de possuir um direito obrigacional, real ou de qualquer outra classe, em prejuízo do demandante. Nas sentenças meramente declaratórias a coação potencial consiste na imposição da força da coisa julgada material a quem deve suportá-la, isto é, através desta sentença existe uma declaração de certeza jurídica a favor do demandante derivada da incerteza jurídica e potencialmente danosa provocada pelo demandado, razão pela qual esta

cit., p. 359; MIGUEL REALE, porém afirmando que o direito é “‘lógicamente coercível’, por haver possibilidade ou compatibilidade de execução forçada, e não ‘juridicamente 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 filosofia 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 forçada “la coazione 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.

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 también 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 ‘física’ è veramente coazione; ne occorre aggiungermi 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 Maisons Thorin, 1923, t. II, §19, p. 205.

⁵⁵ Assim PONTES DE MIRANDA, ob. cit., t. II, §32, p. 157.

sentença exerce uma *pressão psicológica potencial* sobre a vontade do demandado no sentido de impor-lhe a força da coisa julgada material com a declaração de existência ou inexistência da relação jurídica⁵⁶, pelo que, a própria sentença contém em si, a alternativa de uma eleição, com a exclusão de outras eleições possíveis por parte do obrigado, conseqüentemente, o querer volitivo do obrigado para a realização do direito subjetivo mediato é um fato secundário.

4. Prescrição e decadência da pretensão declarativa

Como vimos anteriormente, a pretensão meramente declaratória visa eliminar uma incerteza jurídica através da produção da *certeza jurídica* em juízo. O autor, por meio desta pretensão, reclama do juiz uma simples *certeza jurídica*, sem impor uma prestação ou uma sujeição a quem quer que seja. Conseqüentemente não haverá qualquer forma de alteração do mundo jurídico, visto que nada entra, sai ou se altera.

De outro lado, como bem esclarece AGNELO AMORIM FILHO, “*todo prazo prescricional está ligado, necessária e indissoluvelmente, à lesão de um direito, de modo que, se não há lesão do direito, não há como cogitar de prescrição*”⁵⁷, bem como “*todo prazo decadencial está ligado, também necessária e indissoluvelmente, ao exercício de um direito (criação, modificação ou extinção de um estado jurídico)*”⁵⁸.

Ademais, fica fácil perceber que o objetivo da prescrição é liberar o sujeito passivo de uma prestação, enquanto que o da decadência é liberá-lo do potencial estado de sujeição. Ambos, prescrição e decadência, têm a finalidade comum de manter a paz social.

⁵⁶ De igual modo, MANDRIOLI, quando afirma que “l’ordinamento giuridico appresta, e precisamente al mero accertamento inteso come sanzione propria della violazione che consiste nella alterazione della certezza oggettiva rispetto alla situazione di diritto sostanziale, ossia alle ipotesi di violazione consistente in una semplice constatazione. È chiaro, infatti, che solo in questo caso, il momento attuale della sanzione sorge per il solo fatto di una ‘semplice esigenza di certezza’, sicchè la semplice riaffermazione della certezza <vincolante per chi spetta> potrà assumere, come meglio si vedrà al cap. 13º, tutto il significato di una sanzione”, *L’azione esecutiva*, ob. cit., nº 30, p. 195. Esta mesma idéia é desenvolvida profundamente no nº 123, p. 622 e ss.

⁵⁷ *Critério científico para distinguir prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis*, In: Revista dos Tribunais, 1997, v. 744, nº 11, p. 740.

⁵⁸ Ob. cit., p. 740.

Desde esta perspectiva é oportuno assinalar que tendo as sentenças declaratórias a pura finalidade de produzir uma certeza jurídica, sem qualquer alteração no mundo jurídico, o seu exercício, ou a falta dele, em nada vai afetar a paz social.

Do exposto resulta, em definitivo, que as pretensões declaratórias são imprescritíveis, ou, como quer AGNELO AMORIM FILHO: “*o conceito de ação declaratória é visceralmente inconciliável com os institutos da prescrição e da decadência: as ações desta espécie não estão, e nem podem estar, ligadas a prazos prescricionais ou decadenciais*”⁵⁹.

Nesta ordem de idéias PONTES DE MIRANDA, quando o mesmo afirma que “*a ação declarativa típica é imprescritível*”⁵⁹. Porém, o mesmo autor admite que algumas pretensões declarativas especiais prescrevem, por exemplo, “*a) a ação do marido que estava presente, para negar a legitimidade do filho da sua mulher; b) a ação dos herdeiros do filho para provar a filiação legítima, se a morte foi quando ainda menor, ou incapaz, tem prazo prescricional curto; c) a ação do filho natural para impugnar o reconhecimento é ação que preclui*”⁶⁰.

⁵⁹ Ob. cit., p. 741.

⁵⁹ Ob. cit., t. II, §11, p. 80.

⁶⁰ Ob. cit., t. II, §11, p. 80 e 81. No mesmo sentido BUZAID, *A ação declaratória no direito brasileiro*, ob. cit., nº 172, p. 279 a 283.

**A CONEXÃO ENTRE OS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA
FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES NA CONSTRUÇÃO DO ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

***THE CONNECTION BETWEEN FAIR HEARING PRINCIPLE AND
RATIONAL MOTIVATED DECISIONS PRINCIPLE IN THE CONSTRUCTION OF
THE STATE OF LAW.***

Débora Carvalho Fioratto

*Mestranda em Direito Processual pela Puc-
Minas; Bolsista da FAPEMIG; Graduada em Direito
pela Puc-Minas; Sócia Fundadora e membro do
Conselho Deliberativo do IHJ/MG; Graduanda em
Letras pela UFMG; Advogada.*

Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias

*Doutor em Direito pela Universidade Federal de
Minas Gerais (2003). Mestre em Direito pela
Universidade Federal de Minas Gerais (1988).
Professor Adjunto III da Pontifícia Universidade
Católica de Minas Gerais. Advogado militante.*

SUMÁRIO: *1. Introdução. 2. Modelo Constitucional de Processo. 3. Princípios do
Contraditório e da Fundamentação das Decisões. 3.1. Princípio do Contraditório. 3.2.
Princípio da Fundamentação das Decisões. 4. A conexão entre os princípios do*

Contraditório e da Fundamentação das Decisões. 5. Conclusão. 6. Referências Bibliográficas.

SUMMARY: *1. Introduction. 2. Ideal Model of Constitutional Procedure. 3. Fair Hearing and Rational Motivated Decisions' principles. 3.1.Fair Hearing Principle. 3.2. Principle of Rational Motivated Decisions. 4. The connection between fair hearing principle and rational motivated decisions principle. 5. Conclusion. 6. References.*

RESUMO

O presente trabalho tem como eixo central o estudo da conexão existente entre os princípios do contraditório e da fundamentação das decisões. Isso porque, depois da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o processo deixa de ser relação jurídica entre as partes e o juiz, em que o autor tem o poder sobre a conduta do réu (direito subjetivo), para ser compreendido como garantia constitutiva de direitos fundamentais, através da complementaridade entre a Teoria de Fazzalari, a Teoria Constitucionalista e a Teoria de Habermas. Todo processo decorre de um modelo constitucional de processo que se fundamenta em uma base principiológica uníssona, (contraditório, ampla argumentação, terceiro imparcial e fundamentação das decisões) indissociável e co-dependente, que visa ao reconhecimento e à fruição dos direitos fundamentais de forma efetiva.

Palavras-chave: Modelo Constitucional de Processo. Princípio do Contraditório. Princípio da Fundamentação das decisões. Conexão entre princípios.

ABSTRACT: This work has as its central axis the study of the connection between fair hearing principle and the principle of rational motivated decisions. After the promulgation of the Brazil's Federal Constitution in 1988, the procedure can no longer be

considered a legal relationship between the plaintiff, the defendant and the judge, in which the plaintiff has the control over the conduct of the defendant (subjective right). From this context on, procedure has to be understood as a constitutional guarantee of fundamental rights, through the complementarities between Fazzalari's theory, Constitutionalist Theory, and Habermas' theory. All procedures are formed from an ideal model of constitutional procedure that is based on the same group of principles, (such as fair hearing, plain defense, impartial tribunal and rational motivated decisions) that are inseparable and co-dependent, in which have as purposes the effective recognition of fundamental rights.

Key-words: An ideal model of constitutional procedure. Fair hearing principle. Principle of rational motivated decisions. Connection between principles.

1. INTRODUÇÃO

Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o contexto se modifica, necessitando que alguns conteúdos jurídicos sejam revisitados para se adequar a concepção de Estado Democrático de Direito. Dentre esses conteúdos, encontra-se o processo, que em decorrência da Teoria Instrumentalista, visivelmente influenciada pela Teoria de Bülow, – processo como relação jurídica entre as partes e o juiz – era definido como um instrumento da jurisdição que tinha como objetivo realizar os escopos metajurídicos e a pacificação social. Esse processo reafirma o solipsismo judicial e admite que o juiz seja o único intérprete no processo, podendo fundamentar sua decisão em argumentos metajurídicos.

A partir dessa definição de processo, o contraditório é visto como o simples dizer e contra dizer, ou seja, a bilateralidade de audiência e, a fundamentação das decisões se resume a motivar a decisão com argumentos advindos da convicção pessoal e interpretação única e exclusiva do juiz. Não há qualquer relação entre o contraditório e a fundamentação das decisões, visto que o contraditório estático (aparente) não garante às partes o controle

da decisão proferida pelo juiz. Os instrumentalistas, então, passam a defender uma Teoria Geral do Processo fundada nos institutos da Ação, Jurisdição, Processo e Defesa, como se esses institutos fossem os mesmos em qualquer processo, o que não condiz com o Estado Democrático de Direito.

O presente trabalho labora a partir da reconstrução do processo como procedimento em contraditório, que teve como precursor Elio Fazzalari, que muito contribuiu para a ciência processual ao distinguir o processo do procedimento com o atributo do contraditório. O contraditório é, então, compreendido como a participação na construção da decisão, em simétrica paridade de armas, dos afetados pelo pronunciamento do juiz. A contribuição da Teoria Constitucionalista, fez com que o processo passasse a ser garantia constitucional assim como os princípios do contraditório e da fundamentação das decisões, por isso, a Constituição Federal de 1988 é um marco, que constitui o Estado Democrático de Direito.

Nesse contexto, o contraditório é uma garantia constitucional das partes, de participar na construção da decisão e de exercer o controle da fundamentação das decisões, visto que o juiz deve motivar as decisões através de argumentos jurídicos debatidos pelas partes para que a decisão seja aceitável e racional. Da relação Constituição e Processo, verifica-se a conexão, a co-dependência entre os princípios do contraditório e da fundamentação das decisões. Com a aprimoração do modelo constitucional de processo, proposto inicialmente por Andolina e Vignera, formula-se uma Teoria Geral do Processo, baseada no modelo constitucional de processo que se funda em uma base principiológica uníssona (contraditório, ampla argumentação, terceiro imparcial e fundamentação das decisões) indissociável e co-dependentes, ou seja, o modelo constitucional do processo seria um esquema geral de princípios presentes em qualquer processo. A violação de um princípio significaria o desrespeito aos demais.

2. MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO

O movimento de reforma do processo civil pode ser equiparado ao movimento de um pêndulo: em uma extremidade o liberalismo processual, marcado por um processo essencialmente escrito, conduzido unicamente pela atuação das partes (protagonismo das partes), já que o juiz é um mero espectador, uma figura passiva. Ao passo que no outro extremo encontrava-se a socialização processual, marcada por um processo oral, pela atuação ativa do juiz (protagonismo judicial) e pelo enfraquecimento do papel das partes (NUNES, 2008, p. 27).

O processo civil brasileiro sofreu, desde o Código de Processo Civil de 1939, forte influência de Franz Klein, no âmbito legislativo, e de Bülow, no âmbito doutrinário.

A preocupação em se adotar o sistema oral no Código de Processo Civil de 39, com o intuito de garantir a rapidez do processo civil, se justificava pelo fato de que na Europa essa adaptação já estava ocorrendo, a partir das idéias de Franz Klein¹ na legislação austríaca. As idéias de Klein seriam opostas ao liberalismo processual, já que se buscava uma socialização processual, com ênfase na atuação do juiz no processo² e no princípio da oralidade.

Na visão de Klein, os escopos metajurídicos do processo, poderiam levar a uma crise social, necessitando, portanto, de um papel ativo do Estado-juiz. Logo, a legislação austríaca implementava o discurso do protagonismo judicial. “O processo é visto, assim, na perspectiva socializadora de Klein, como uma inevitável “instituição estatal de bem estar social”, para a busca da pacificação social” (NUNES, 2008, p. 50). Ao passo que “o processo, sob a taxionomia de relação jurídica, já surge, em Bülow, como instrumento da jurisdição, devendo esta ser entendida como atividade do juiz na criação do direito em

¹ Alcalá-Zamora afirmou em uma conferência na Universidade de Honduras em 1945 que apesar de incompreendida, por parte dos magistrados austríacos, a reforma empreendida por Klein no procedimento civil, ao final do séc. XIX, era genial. “La incomprensión mostrada por un sector considerable de la magistratura austriaca ante la genial reforma operada a fines del siglo XIX em el enjuiciamiento civil por Klein(...)” (ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, 1992, p. 88).

² Segundo Alcalá Zamora, o juiz defendido por Klein era o juiz-diretor, a figura intermediária entre o juiz espectador e o juiz ditador. “me contentaré con afirmar que entre el *juez-espectador* que, por lo visto, añoran, totalmente desarmado e inerte frente a los mayores extravíos de lãs partes, cual si el proceso satisficiese um mero interes privado y no uma altísimã finalidã pública, y el *juez-dictador*, que yo también rechazo, existe distancia más que suficiente como para erigir uma figura intermédia de *juez-director* del proceso, que es precisamente la que supo crear Klein en Austria y la que de él adoptó Chioyenda para su prédica reformadora em Italia”(ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, 1992, p. 102 – 103).

nome do Estado com a contribuição do sentimento e experiência do julgador” (CORDEIRO LEAL, 2005, p. 44). Visível, portanto, que Dinamarco em sua obra *Instrumentalidade do Processo*, buscou sintetizar as influências estrangeiras no processo civil pátrio, compactando-as em sua teoria do processo, como instrumento da jurisdição, que tem por fim a realização dos escopos metajurídicos e a pacificação social.

“É vaga e pouco acrescenta ao conhecimento do processo a usual afirmação de que ele é *instrumento*, enquanto não acompanhada da indicação dos *objetivos* a serem alcançados mediante o seu emprego. Todo instrumento, como tal, é *meio*; e todo meio só é tal e se legitima, em função dos *fins* a que se destina. O raciocínio teleológico há de incluir então, necessariamente, a fixação dos escopos do processo, ou seja, dos *propósitos* norteadores da sua instituição e das condutas dos agentes estatais que o utilizam. (...) Isso significa, sim, que a instrumentalidade do sistema processual é alimentada pela visão dos resultados que dele espera a nação. A tomada de consciência teleológica tem, portanto, o valor de possibilitar o correto direcionamento do sistema e adequação do instrumental que o compõe, para melhor aptidão a produzir tais resultados” (DINAMARCO, 2003, p. 181-183).

A problemática advinda com a Teoria da Instrumentalidade do Processo³, propagada por Dinamarco, advém da influência estrangeira Bülowiana da concepção de processo como relação jurídica entre as partes e o juiz. Conceber o processo como relação jurídica significa afirmar que uma parte tem direito e a outra, dever de sujeição, já que quem tem direito (sujeito ativo) pode exigir determinada conduta do sujeito passivo (direito subjetivo), devido à existência do “vínculo jurídico de exigibilidade entre os sujeitos do processo” (GONÇALVES, 1992, p. 98). Entretanto, não se pode afirmar que no processo uma das partes tem o direito de exigir da outra uma determinada conduta.

³ As críticas ao instrumentalismo decorrem do processo como instrumento da jurisdição. “Insero no conceito de direito democrático (em sua aplicação ou justificação), o processo assegura um espaço de participação política a seus sujeitos. Não se presta, tão-somente, ao exercício jurisdicional do Estado. Os cidadãos (no processo judicial) ou seus representantes (no processo legislativo) utilizam-no para fim diverso à jurisdição: nesse aspecto, o processo é meio de implementação da democracia, permitindo uma comunidade de intérpretes do direito” (ARAÚJO, 2003, p. 120-121).

“No processo não poderia haver tal vínculo entre as partes, porque nenhuma delas pode, juridicamente, impor à outra a prática de qualquer ato processual. No exercício de faculdades ou poderes, nos atos processuais, a parte sequer se dirige à outra, mas sim ao juiz, que conduz o processo. E, do juiz, as partes não exigem conduta ou ato” (GONÇALVES, 1992, p. 98).

Era visível a importância do papel do juiz nessa concepção de processo. As críticas advindas do papel de “*super-parte*” do juiz e da impossibilidade de uma relação jurídica entre as partes foram suficientes para a superação desse entendimento de processo.

Elio Fazzalari foi o responsável pela renovação do conceito de procedimento no Direito Processual (GONÇALVES, 1992, p. 105). Segundo Fazzalari, o processo é espécie do gênero procedimento⁴, e o que irá distingui-los é a presença do contraditório. Importante definir o conceito de procedimento e de processo na Teoria Fazzalariana.

“O procedimento, como atividade preparatória do provimento⁵, possuiu sua específica estrutura constituída da seqüência de normas, atos e posições subjetivas, em uma determinada conexão, em que o cumprimento de uma norma da seqüência é pressuposto da incidência de outra norma e da validade do ato nela previsto” (GONÇALVES, 1992, p. 112).

Ao passo que o processo é o procedimento realizado em contraditório entre as partes, que participarão na construção do provimento final. “A estrutura dialética do procedimento, isto é, justamente, o contraditório” (FAZZALARI, 2006, p. 119-120), que define o processo. Essa estrutura dialética consiste

“na participação dos destinatários dos efeitos do ato final em sua fase preparatória; na simétrica paridade das suas posições; na mútua implicação das suas atividades (destinadas, respectivamente, a promover e impedir a emanção do provimento); na relevância das

⁴ “A obra fazzalariana apresenta nítido marco distintivo entre os institutos processuais do procedimento e do processo, figurando referidos institutos como noções distintas, mas complementares” (LEAL, 2004b, p. 261).

⁵ Brêtas ressalta o demasiado uso da palavra “provimento” como sinônimo de “decisão” pela doutrina brasileira, decorrente da influência italiana. “As decisões, os pronunciamentos emanados dos órgãos jurisdicionais ou os chamados provimentos, sob a influência da doutrina italiana” Cf. (BRÊTAS, 2004a, p. 85-86).

mesmas para o autor do provimento; de modo que cada contraditor possa exercitar um conjunto – conspícuo ou modesto, não importa – de escolhas, de reações, de controles, e deva sofrer os controles e as reações dos outros, e que o autor do ato deva prestar contas dos resultados” (GONÇALVES, 1992, p. 112).

A contribuição de Fazzalari⁶ ao Direito Processual e da teoria procedimentalista de Habermas (1997) na perspectiva do sujeito de direitos (sujeito e destinatário da norma jurídica) elucida as críticas formuladas por Gonçalves ao processo como relação jurídica. O papel do juiz como “*super-parte*” e a relação jurídica entre o sujeito ativo e o sujeito passivo no processo foram importados ao instrumentalismo processual de Dinamarco, portanto, as críticas também se estendem ao instrumentalismo, já que não se poderia pensar em um efetivo contraditório, porque a idéia de contraditório não se fundamenta na simétrica paridade das partes, visto que uma parte tinha o direito e a outra, o dever de sujeição, devido ao vínculo jurídico. O instrumentalismo reforça a atuação do juiz no processo, já que os escopos metajurídicos possibilitam ao juiz fundamentar sua decisão em argumentos metajurídicos, para além da argumentação das partes, reforçando o solipsismo judicial. Logo, o entendimento do processo como instrumento da jurisdição condiz com o Estado Social que tem como objetivo precípua reforçar o papel dos juízes e enfraquecer a atuação das partes e, conseqüentemente, não se adéqua ao Estado Democrático de Direito.

A compreensão do processo e do papel das partes e do juiz no Estado Democrático de Direito⁷ depende de revisitação crítica e reflexiva do liberalismo e da socialização

⁶ “Quando este processualista define o processo como o procedimento realizado em contraditório entre as partes, ou seja, aquele procedimento em que as partes participam, em igualdade de condições, da elaboração do provimento final, não concebendo portanto o juiz como único responsável pelo provimento final, vez que autor e réu intervêm em simétrica paridade na formação do convencimento, ele revela que as partes são também, em certo sentido tão *autores* da sentença quanto o juiz. Isto indica, por sua vez, que o sentido da norma jurídica e a definição de qual norma regula um determinado caso só se revelam plenamente quando os envolvidos participam desse discurso de aplicação. Portanto, não se pode legitimamente, em um processo constitucional, prescindir-se das partes envolvidas (ou seja, de todos aqueles sobre quem se aplicarão as conseqüências da decisão) na revelação do sentido da Constituição” (GALUPPO, 2003, p. 63).

⁷ “No caso brasileiro, o renascimento do direito constitucional se deu, igualmente, no ambiente de reconstitucionalização do país, por ocasião da discussão prévia, convocação, elaboração e promulgação da Constituição de 1988. Sem embargo de vicissitudes de maior ou menor gravidade no seu texto, e da compulsão com que tem sido emendada ao longo dos anos, a Constituição foi capaz de promover, de maneira

processual, através do abandono dos equívocos dos respectivos modelos para a busca de um sistema processual, democrático-constitucional. Segundo Oliveira, no Estado Democrático de Direito “a argumentação liberal e a argumentação de bem-estar devem ser considerados reflexiva e criticamente, sob as condições jurídico-processuais, como perspectivas argumentativas concorrentes” (OLIVEIRA, 2004, p. 211) para se efetivar a democratização processual. Logo, verifica-se que a Teoria de Fazzalari se adéqua ao Estado Democrático de Direito, uma vez que ela é compreendida no papel desempenhado pelas partes, através do contraditório. Deve-se ressaltar, no entanto, que apesar do contraditório distinguir o processo do procedimento, para Fazzalari, o contraditório é a simétrica paridade de armas e, portanto, não é trabalhado na perspectiva de garantia constitucional decorrente da relação Constituição⁸ e Processo, em que “a tutela do processo efetiva-se pelo reconhecimento do princípio da supremacia da Constituição sobre as normas processuais” (BARACHO, 2008a, p. 11).

“Fazzalari, ao distinguir **Processo** e procedimento pelo atributo do contraditório, conferindo, portanto, ao procedimento realizado pela oportunidade de contraditório a qualidade de **Processo**, não fê-lo originariamente pela reflexão constitucional de direito-garantia⁹. Sabe-se que hoje, em face do discurso jurídico constitucional das **democracias**, o contraditório é **instituto** do Direito Constitucional e não mais uma **qualidade** que devesse ser incorporada por parâmetros

bem sucedida, a travessia do Estado brasileiro de um regime autoritário, intolerante e, por vezes, violento, para um Estado democrático de direito” (BARROSO, 2006, p.99).

⁸ “A Constituição deve ser entendida como norma dotada de todos elementos necessários à sua aplicação. Sendo norma, ela é de pronta eficácia: não depende da vontade dos Poderes Públicos, até porque não é ela mais uma fôrma do que se concebeu na modernidade como Estado, mas sim algo que está voltado para a própria sociedade” (MEYER, 2003, p. 169).

⁹ Segundo Brêtas, há distinção entre direitos e garantias fundamentais; “direitos fundamentais são os direitos humanos declarados expressamente no ordenamento jurídico-constitucional, as garantias fundamentais compreendem as garantias processuais estabelecidas na própria Constituição (processo constitucional) e formadoras de um essencial sistema de proteção aos direitos fundamentais” (BRÊTAS, 2004a, p. 111). Nesse mesmo sentido, Vargas. “Os direitos individuais são os direitos oponíveis pelo homem ao Estado, visando precipuamente à proteção dos direitos à liberdade, à segurança, à propriedade, à igualdade. As garantias são os instrumentos de efetividade desses direitos. (...) De nada valeriam os direitos fundamentais se o homem não pudesse manejar os remédios cabíveis para garantir-lhes a efetividade” (VARGAS, 1992, p.33-36).

doutrinais ou fenomênicos ao procedimento pela atividade jurisdicional” (LEAL, 2009, p. 83)¹⁰.

Logo, a Teoria de Fazzalari deve ser complementada pela Teoria Constitucionalista¹¹, para a compreensão do processo e do contraditório como garantias constitucionais. Como resultado dessa relação entre Constituição e Processo, afirma-se que

“o processo, como garantia constitucional, consolida-se nas constituições do século XX, através da consagração de princípios de direito processual, com o reconhecimento e a enumeração de direitos da pessoa humana, sendo que esses se consolidam pelas garantias que os torna efetivos e exequíveis” (BARACHO, 1999, p. 90).

Partindo-se da noção de processo como garantia constitucional, apropriando-se dos conceitos de procedimento, processo e contraditório da Teoria de Fazzalari e, da Teoria Procedimentalista de Habermas, é possível pensar em uma Teoria Geral do Processo¹² - desvinculada da Teoria Geral do Processo proposta pelos instrumentalistas que se fundamenta nos institutos da jurisdição, da ação, da defesa e do processo que não condiz com o Estado Democrático de Direito –, definida por meio de um modelo constitucional de processo, através de uma base principiológica uníssona (contraditório, ampla argumentação, terceiro imparcial e fundamentação das decisões) que estará presente em qualquer processo constitucional (BARROS, 2008).

¹⁰ Nesse sentido, Cordeiro Leal afirma que “o contraditório deixa de ser mero *atributo* do processo e passa à condição de princípio (norma) determinativo de sua própria inserção na estruturação de *todos* os procedimentos preparatórios dos atos jurisdicionais” (CORDEIRO LEAL, 2002, p.88).

¹¹ “A ligação necessária entre Processo e Constituição resultou em um dos movimentos mais significativos, com repercussão em teses constitucionalistas, que levaram o *Processo* a ocupar o centro das *garantias constitucionais*. (...) Dentro dessa experiência, resultante do movimento constitucionalista, o professor mineiro José Alfredo de Oliveira Baracho se destaca em estudo pioneiro no Brasil, e no mundo, ao se dedicar a importante pesquisa que demonstrou como o *Processo* passou a se consolidar como garantia constitucional para que não houvesse nenhum prejuízo aos Direitos Fundamentais (...), confirmando, de vez, os princípios de direito processual e a expressão Direito Processual Constitucional” (DEL NEGRI, 2003, p. 101).

¹² Em relação ao papel da teoria geral do processo, os instrumentalistas defendem que “é significativo o seu poder de síntese indutiva do significado e diretrizes do direito processual como um sistema de institutos, princípios e normas estruturados para o exercício do *poder* (...). Teoria Geral do Processo é (...) um *sistema de conceitos e princípios elevados ao grau máximo de generalização útil e condensados indutivamente a partir do confronto dos diversos ramos do direito processual*. (...) No trabalho de síntese que lhe é próprio, ela já chegou a identificar a essência dogmática do direito processual, nos seus *quatro institutos fundamentais* (jurisdição, ação, defesa, processo), traçando o conceito de cada um e, acima de tudo determinando as funções que desempenham no sistema” (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2007, p. 68 – 72).

O modelo constitucional de processo, que teve como precursor Andolina e Vignera (1997) deve ser compreendido para efetiva apropriação desse modelo para a construção de uma Teoria Geral do Processo fundada em uma base principiológica uníssona (BARROS, 2006).

O modelo constitucional de processo¹³ proposto por Andolina e Vignera é marcado pela expansividade, pela variabilidade e pela perfectibilidade, características que integram “um esquema geral de processo”, ou seja, um “modelo único e tipologia plúrima” que significa um único modelo constitucional de processo, que admite pluralidade de procedimentos (procedimento como a sucessão, a seqüência de atos e de fases do processo). À norma processual que permaneça em conformidade com o esquema geral de processo é garantida a sua expansão para microssistemas, característica denominada expansividade. Ao se expandir para um determinado microssistema, a norma processual pode variar, pode assumir forma diversa, em decorrência das especificidades daquele microssistema (variabilidade), logo o modelo constitucional ao definir novos institutos em decorrência do processo legislativo, tende a se aperfeiçoar (perfectibilidade) (ANDOLINA, VIGNERA, 1997, 9-11).

“Tal compreensão de modelo constitucional de processo, de um modelo único e de tipologia plúrima, se adapta à noção de que na Constituição encontra-se a base uníssona de princípios que definem o processo como garantia, mas que para além de um modelo único ele se expande, aperfeiçoa e especializa, exigindo do intérprete compreendê-lo tanto a partir dos princípios-bases como, também, de acordo com as características próprias daquele processo” (BARROS, 2009, p. 335).

O processo como garantia constitucional, advindo de uma interpretação¹⁴ constitucionalmente adequada ao Estado Democrático de Direito, é marcado pela base

¹³ “Ítalo Augusto Andolina, passou a definir, por volta de 1990, uma nova teoria processual denominada “modelo constitucional de processo”, expressão utilizada em consonância com a qualidade jurídica dos princípios processuais expressos na Constituição da República da Itália de 1947” (DEL NEGRI, 2003, p.102).

¹⁴ “(...) quando se fala em interpretação conforme a constituição *não se está* falando de interpretação constitucional, pois não é a constituição que deve ser interpretada em conformidade com ela mesma, mas as leis *infraconstitucionais*” (SILVA, 2005, p. 132-133). Nesse sentido, Mendes: “ressalta-se, por um lado, que a supremacia da Constituição impõe que todas as normas jurídicas ordinárias sejam interpretadas em

principiológica uníssona (esquema geral), ou seja, garantias processuais do contraditório, da ampla argumentação, da fundamentação das decisões e do terceiro imparcial, previstas nas normas da Constituição Federal de 1988 (BARROS, 2009, p. 331-345). A Constituição Federal de 1988 desempenha um importante papel¹⁵, visto que torna o processo constitucional e democrático, estabelecendo princípios que constituirão a garantia do devido processo constitucional. É importante ressaltar que

“O modelo único e de tipologia plúrima exige que o esquema único de processo ou que a base principiológica uníssona seja garantida, mas que não se retire ou desconsidere as especificidades do referido microsistema, retomando assim as características da expansividade, variabilidade e perfectibilidade, em razão da própria co-dependência entre garantia do processo e direitos fundamentais” (BARROS, 2009, p. 335).

Compreendido o processo como garantia constitucional a partir do aperfeiçoamento e apropriação do modelo constitucional de processo¹⁶ proposto para o processo civil italiano por Andolina e Vignera, necessária a análise dessa base principiológica uníssona, caracterizada pela indissociabilidade e pela co-dependência entre os princípios que a constituem. Nesse modelo, cada princípio que constitui a base principiológica uníssona guarda singular dependência e conexão com os demais princípios. Logo, a violação ou inobservância de um desses princípios, significa o desrespeito aos demais (BARROS, 2009, p. 331-345).

Insta elucidar que o eixo central do presente trabalho é demonstrar a conexão existente entre os princípios do contraditório e da fundamentação das decisões. Logo, de

consonância com seu texto” (MENDES, 1999, p. 349). Ressalta-se que “a “unidade da constituição” enquanto visão orientadora da metódica do direito constitucional deve antepor aos olhos do intérprete, enquanto ponto de partida bem como, sobretudo, enquanto representação do objetivo, a totalidade da constituição como um *arcabouço de normas*” (MÜLLER, 2005, p. 74-75).

¹⁵ “O processo é incessantemente chamado a questionar-se acerca do seu próprio grau de jurisdicionalidade e a adequar-se ao “modelo” previsto pela Constituição” (ANDOLINA, 1997, p. 65).

¹⁶ “O modelo constitucional do processo civil assenta-se no entendimento de que as normas e os princípios constitucionais resguardam o exercício da função jurisdicional. No paradigma constitucional do procedimento jurisdicional, assume papel de relevo o juiz” (BARACHO, 2008b, p. 139). Trabalha-se a necessidade de aperfeiçoamento desse modelo visto que o modelo constitucional de processo é um esquema geral para todos os processos e não apenas para o processo civil e, a definição do papel do juiz deve ocorrer através da atuação das partes (complicação) Cf. (BARROS, 2009, p. 335).

forma sucinta será analisada a conexão existente entre os princípios que constituem o esquema geral de processo, quais sejam: o contraditório, a fundamentação das decisões, a ampla argumentação e o terceiro imparcial.

O contraditório, que para Fazzalari compreende a própria definição de processo, significa o espaço argumentativo em que às partes, em simétrica paridade, será garantida a participação na construção da decisão. A fundamentação das decisões é a garantia de que o juiz, ao decidir, irá fundamentar a sua decisão, utilizando os argumentos dos respectivos legitimados ao “pronunciamento do órgão estatal” (afetados pela decisão). A ampla argumentação é a garantia do tempo necessário para a efetiva construção de argumentos a serem utilizados pelas partes, no processo. A imparcialidade do juiz é definida a partir do desvencilhamento do seu subjetivismo, que decorre dos escopos metajurídicos do processo (BARROS, 2009, p. 331-345).

Se o juiz fundamenta sua decisão em argumentos não-jurídicos, ou em argumentos não utilizados pelas partes, ocorre a violação do princípio da fundamentação da decisão e, conseqüentemente do contraditório, visto que as partes não participaram na construção do processo; da ampla argumentação, já que o tempo processual foi insuficiente para que as partes construíssem de forma efetiva a argumentação a ser utilizada na preparação de sua ampla defesa; do terceiro imparcial, uma vez que ao decidir com base em argumentos pessoais, o juiz passa a ser o único intérprete do direito, reforçando o seu subjetivismo e atingindo a sua imparcialidade. Logo, esses princípios que constituem a base principiológica uníssona são indissociáveis e co-dependentes. Através da fundamentação da decisão, as partes (afetados pela decisão) poderão fiscalizar se o juiz respeitou o contraditório, a ampla argumentação e se ele se manteve imparcial durante o processo. Se esses princípios (garantias do processo) foram respeitados a decisão é aceitável por ser racional e legítima. Essa conexão demonstra que se houver supressão do contraditório, haverá a violação dos demais princípios, pois a decisão será construída somente pelo juiz, fundamentada por argumentos desse único intérprete (solipsismo judicial) e às partes não será garantida a ampla argumentação, já que elas não precisarão preparar os argumentos para se defenderem de forma ampla uma vez que não construirão a decisão, logo, a fundamentação da decisão também será desrespeitada.

Verifica-se que no Estado Democrático de Direito deve-se buscar um devido processo constitucional, presentes as garantias constitucionais do contraditório, da ampla argumentação, do terceiro imparcial e da fundamentação das decisões, que constituem a base principiológica uníssona do modelo constitucional de processo, para que a efetividade do processo¹⁷ não seja fetichizada como justiça rápida¹⁸, mas seja compreendida como o respeito às garantias processuais¹⁹ para o reconhecimento e fruição dos direitos fundamentais.

O processo como garantia constitutiva de direitos fundamentais²⁰ garante às partes (afetadas pela decisão) o contraditório, como forma de participação em simétrica paridade, na construção da sentença. Portanto, o princípio da fundamentação das decisões deve ser

¹⁷ Segundo Leal, a efetividade do processo está intimamente ligada às garantias constitucionais para o reconhecimento e fruição dos direitos. “*Processo*, cuja *efetividade* não se anuncia pela boa ou má qualidade dos serviços jurisdicionais, *mas* pelos condicionamentos de garantias de direitos fundamentais na construção dos procedimentos” (LEAL, 1999, p. 231). Vieira também compreende a dependência mútua entre Direito e Processo, já que este efetiva aquele. “O *Direito* depende do *Processo* (que lhe traz a efetivação), como o Processo depende do Direito (que o informa e lhe dita os trâmites)” Cf. (VIEIRA, 1998, p. 90).

¹⁸ “Ainda prevalece na Suprema Corte brasileira a ideologia da justiça rápida e prodigiosa numa relação de consumo (juiz-parte) por via de um “prestação jurisdicional” que só seria efetiva se fosse de pronto-socorro jurídico a uma população reconhecidamente órfã em direitos fundamentais”. Dessa forma trabalha-se “uma Constituição como normas de **promessa** e não estatuto de direitos instituídos e já garantidos (líquidos e certos) no plano constituinte” (LEAL, 2004a, p. 73). Brêtas informa que com a inserção da norma do art. 5º, LXVIII na Constituição Federal, pela Emenda Constitucional nº. 45, “o povo tem não só o direito fundamental à jurisdição, como, também, o direito a que este serviço público monopolizado e essencial do Estado lhe seja prestado dentro de um prazo razoável. Contrapõe-se a este direito o dever do Estado de prestar a jurisdição mediante a garantia de um processo sem dilações indevidas, processos cujos atos sejam realizados naqueles prazos fixados pelo próprio Estado nas normas de direito processual, evitando-se suas “etapas mortas” (BRÊTAS, 2006, p. 655).

¹⁹ Brêtas já nos adverte que alguma demora processual é inevitável já que advém da garantia dos próprios princípios processuais constitucionais para uma efetiva tutela dos direitos; por isso, entende ser equivocado pensar em uma “jurisdição instantânea” como justificativa para as reformas. “É preciso que a sociedade e os legisladores entendam que a questão da morosidade da atividade jurisdicional não pode ser resolvida sob a concepção esdrúxula de uma cogitada *jurisdição instantânea* ou de uma *jurisdição-relâmpago*, o que é impossível existir em qualquer parte do mundo, pois alguma demora na solução decisória sempre haverá nos processos, a fim de que possam ser efetivados os devidos accertamentos das relações de direito e de fato controvertidas ou conflituosas, entre os envolvidos, por meio da moderna e inafastável estrutura normativa (devido processo legal) e dialética (em contraditório) do processo, e não há outro modo racional e democrático de fazê-lo” (BRÊTAS, 2007, p. 219).

²⁰ “Os Direitos Fundamentais são os *direitos que os cidadãos precisam reciprocamente reconhecer uns aos outros, em dado momento histórico, se quiserem que o direito por eles produzidos seja legítimo, ou seja, democrático*. Ao afirmarmos tratar-se dos direitos que os cidadãos precisam reconhecer uns aos outros, e não que o Estado precisa lhes atribuir, tocamos no próprio núcleo do Estado Democrático de Direito, que, ao contrário do Estado Liberal e do Estado Social, não possui uma regra pronta e acabada para a legitimidade de suas normas, mas reconhece que a democracia é não um estado, mas um processo que só ocorre pela interpretação entre a autonomia privada e a autonomia pública que se manifesta na sociedade civil, guardiã de sua legitimidade” (GALUPPO, 2003, p. 236-237).

repensado, em conexão com o princípio do contraditório, uma vez que as partes construirão a decisão através de uma efetiva argumentação durante o processo e não mais o juiz, como pensou os instrumentalistas, por meio de sua atuação única e exclusiva no processo. O princípio da fundamentação das decisões no Estado Democrático de Direito, “evita que a sentença seja um produto volitivo subjetivo da inteligência de um único intérprete do ordenamento jurídico e da Constituição, que é o juiz prolator da decisão” (BARROS, 2008, p. 132). Imprescindível, portanto, analisar a conexão entre os princípios do contraditório e da fundamentação das decisões, para a consolidação do Estado Democrático de Direito²¹, advindo com a promulgação da Constituição Federal de 1988.

3. PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES

Insta, no momento, esclarecer o conceito de “princípio” e a função que desempenha no ordenamento jurídico para *a posteriori* compreender os princípios do contraditório e da fundamentação das decisões e a conexão existente entre eles.

Os princípios constitucionais são normas jurídicas que norteiam outras normas, ou seja, são os pilares jurídicos que vão dar toda a sustentação para o Direito e que têm como função precípua e mais relevante a de ser fundamento de todo o ordenamento jurídico. “Os princípios são havidos como proposições fundamentais do Direito e, via de consequência, como normas jurídicas, as quais, ao lado das regras, com idêntica força vinculativa, integram o ordenamento jurídico” (BRÊTAS, 2004a, p. 121). Entretanto, é interessante ressaltar que durante muito tempo, a função única e exclusiva que os princípios

²¹ Com o intuito de esclarecer o significado jurídico da expressão “Estado Democrático de Direito”, Brêtas demonstra sua preferência à posição doutrinária que compreende “o Estado de Direito e o Estado Democrático como verdadeiros princípios conexos e normas jurídicas constitucionalmente positivadas”. Logo, “a dimensão atual e marcante do Estado Constitucional Democrático de Direito resulta da articulação dos princípios do Estado Democrático e do Estado de Direito, cujo entrelaçamento técnico e harmonioso se dá pelas normas constitucionais” (Cf. BRÊTAS, 2004b, p. 157 – 158).

desempenhavam nos códigos era a supletiva, ou seja, a de ser fonte do Direito diante da ausência ou insuficiência da lei²².

Segundo doutrina contemporânea (BRÊTAS, 2004a, p. 121-122) os princípios desempenham três funções de extrema importância ao ordenamento jurídico, no Estado Democrático de Direito, a interpretativa, a supletiva e a normativa própria. A função interpretativa²³ seria no sentido de que o princípio auxiliaria na interpretação e compreensão do direito, portanto, não seria fonte do direito. A supletiva significaria que o princípio seria utilizado como fonte normativa diante da ausência ou insuficiência de lei (lacunas). Já na normativa própria o princípio seria o fundamento do ordenamento jurídico. “Os princípios estariam na base e constituiriam a razão de todo o sistema jurídico, proporcionando-lhe fundamentação de direito, assumindo, portanto, a posição de normas jurídicas efetivas” (BRÊTAS, 2004a, p. 122). Elucidado a questão do significado e da função dos princípios, passar-se-á, à compreensão dos princípios do contraditório e da fundamentação das decisões.

3.1. Princípio do Contraditório

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 positivou nas normas do art. 5º, LV, o princípio do contraditório como garantia constitucional. No entanto, sabe-se que para a efetivação do processo no Estado Democrático de Direito é necessário

²² “Em resumo, a teoria dos princípios chega à presente fase do pós-positivismo com os seguintes resultados já consolidados: a passagem dos princípios da especulação metafísica e abstrata para o campo concreto e positivo do Direito, com baixíssimo teor de densidade normativa; a transição crucial da ordem jusprivatista (sua antiga inserção nos Códigos) para a órbita juspublicística (seu ingresso nas Constituições); a suspensão da distinção clássica entre princípios e normas; o deslocamento dos princípios da esfera jusfilosofia para o domínio da Ciência Jurídica; a proclamação de sua normatividade; a perda de seu caráter de normas programáticas; o reconhecimento definitivo de sua positividade e concretude por obra sobretudo das Constituições; a distinção entre regras e princípios, como espécies diversificadas do gênero norma, e, finalmente, por expressão máxima de todo esse desdobramento doutrinário, o mais significativo de seus efeitos: a total hegemonia e preeminência dos princípios” (BONAVIDES, 2003, p. 294) Para maiores detalhes, conferir a reconstrução da teoria dos princípios feita por BONAVIDES (2003).

²³ “Os princípios, em razão de sua abrangência e generalidade e por veicularem valores, influenciam diretamente na interpretação das demais normas/regras, determinando seu conteúdo. Vale dizer que todas as regras devem ser interpretadas em consonância com os princípios, pois são eles que determinam o conteúdo das mesmas, eis que veiculam as aspirações máximas de uma sociedade e seus valores primordiais. Os princípios funcionam como critério de interpretação das demais normas jurídicas. Há, portanto, uma relação de reciprocidade entre os princípios e as regras, que resulta no fato de a constituição ter que ser interpretada de modo sistemático” (BASTOS; MEYER-PFLUG, 2005, p. 153).

implementar as demais garantias processuais constitucionais, que integram o devido processo constitucional e, não apenas o contraditório.

O contraditório desempenha um importante papel, uma vez que garante a participação, em simétrica paridade, da construção da decisão, a todos os afetados por ela. Logo, apesar da tendência do movimento processual ter sido sempre pendular, ora o liberalismo processual e ora a socialização processual, verifica-se que no Estado Democrático de Direito, as partes devem deixar de ser meros espectadores e sujeitos passivos (socialização processual) à espera de uma decisão a ser prolatada pelo único intérprete do Direito e passar a atuar ativamente de forma a influenciar, através dos argumentos, a construção da decisão (NUNES, 2004, p. 40). Essa mudança de perspectiva deve ser dosada, para que não haja um retorno ao liberalismo processual, e, o “conta-gotas” é princípio do contraditório que ao ser compreendido no contexto do Estado Democrático de Direito como garantia constitucional e princípio da influência e da não surpresa pelos processualistas brasileiros, fará com que o processo se estruture de forma adequada à Constituição, definindo o papel das partes e do juiz no processo.

“O processo que durante o liberalismo privilegiava o papel das partes e que após os grandes movimentos reformistas pela oralidade e pela instauração do princípio autoritário implementou um ativismo judicial que privilegiava a figura do juiz passa em um estado democrático, com a releitura do contraditório, a permitir uma melhora da relação juiz-litigantes de modo a garantir o efetivo diálogo dos sujeitos processuais na fase preparatória do procedimento (audiência preliminar para fixação dos pontos controvertidos), e na fase de problematização (audiência de instrução e julgamento) permitindo a comparticipação na estrutura procedimental” (NUNES, 2004, p. 41).

A crítica formulada à escola instrumentalista de processo decorre desse ativismo judicial e da redução do contraditório ao simples dizer e contradizer das partes²⁴, ou seja, o

²⁴ “A essência do princípio do contraditório residiria, assim, na garantia da discussão dialética dos fatos da causa. Para tanto, impende estabelecer, no processo, a oportunidade de fiscalização recíproca dos atos praticados pelas partes. A audiência bilateral, que a regra latina já traduzia – “*audiatur et altera pars*” (“seja ouvida também a parte adversa”) –, há de ser assegurada mediante a concessão de vista à parte contrária dos pedidos e alegações formulados pela outra parte, assim como dos documentos que uma delas junte aos autos,

direito de ação (informar) e de reação. Ao final é o juiz que decidirá unilateralmente, sem levar em consideração a argumentação das partes, já que o contraditório foi apenas uma bilateralidade de audiência e as partes “fingiram” que participaram do processo.

Comoglio (1998, p. 100-101) distingue a garantia estática (formal) da garantia dinâmica (de aplicação). A estática reforça o perfil estrutural externo: a estabilidade e a aplicação dos princípios ou do direito garantido. Ao passo que as garantias dinâmicas asseguram a efetiva fruição dos direitos garantidos pela Constituição²⁵.

Logo, o contraditório como bilateralidade de audiência define-se como estático, já que apesar da decisão ser construída unicamente pelo juiz, “garantiu-se” o contraditório pela participação aparente das partes. Entretanto, no Estado Democrático de Direito, deve-se buscar as garantias dinâmicas, para que o processo assegure o reconhecimento e a fruição dos direitos constitucionais (NUNES, 2004, p. 42).

Importante, agora, o estudo de direito comparado Italiano e Francês quanto às normas constitucionais e infraconstitucionais que explicitam o princípio do contraditório, com o objetivo de compará-lo com o direito Brasileiro, buscando-se uma harmonização, compartilhamento ou aproximação possível do princípio, levando-se em consideração os direitos fundamentais como base mínima, a partir da idéia pluralista do mundo (DELMAS-MARTY, 2003).

Em relação ao ordenamento jurídico italiano, no final da década de 90, o texto do §2º do art. 111 da Constituição foi alterado, passando a dispor que “todo processo se desenvolve no contraditório entre as partes, em condições de paridade, diante de juiz terceiro e imparcial” (tradução livre)²⁶. Nessa norma, verifica-se que às partes é garantido o contraditório, em condições de paridade, e não ao juiz (NUNES, 2004, p. 44). Antes dessa

a fim de que possa o *ex adverso* refutar os argumentos expendidos ou fazer prova contrária” (MEDINA, 2004, p. 35).

²⁵ “Anzitutto, sono garanzie in senso formale o statico quei profili strutturali che rafforzano dall'esterno - ad es., con la rigidità delle norme costituzionali o con la adozione delle c.d. riserve di legge - la stabilità e l'opponibilità dei principi o dei diritti garantiti, nei confronti di qualsiasi potere ordinario dello Stato, nonché la loro tendenziale immodificabilità nel tempo. Sono, invece, garanzie in senso attuativo e dinamico quegli strumenti giurisdizionali che siano specificamente previsti - avanti ad organi di giustizia costituzionale od internazionale - per assicurare condizioni effettive di godimento a qualsiasi diritto attribuito o riconosciuto da quelle norme fondamentali” (COMOGLIO, 1998, p. 100 – 101).

²⁶ “Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale”.

inserção no texto constitucional, a garantia da igualdade das partes no processo, em relação ao contraditório e ao direito de defesa era elaborada pela jurisprudência da Corte Européia. Nesse sentido, a Corte continuamente recorda a sentença que define que “o princípio da igualdade de armas (contraditório) – um dos elementos da noção mais ampla de processo justo – exige que à cada parte seja fornecida uma oportunidade razoável para apresentar seu caso, em condições que não ponha o seu adversário em situação de distinta desvantagem” (tradução livre) (TARZIA, 2001, p. 163-164)²⁷.

Ao passo que na legislação Francesa, definiu-se o contraditório como princípio da influência e da não surpresa, devendo o juiz oportunizar o contraditório entre as partes, em relação às questões que serão utilizadas no processo. “Essa concepção atualizada de contraditório foi acolhida pelo art. 16 do novo Código de Processo Civil francês”(BRÊTAS, 2009, p. 436):

“O juiz deve, em todas as circunstâncias, fazer observar e observar ele próprio o princípio do contraditório. Ele não pode reter (ou reservar para si), na sua decisão, os meios, as explicações e os documentos invocados ou produzidos pelas partes, que elas próprias não tenham postos em debate contraditoriamente. Ele não pode fundar sua decisão sobre meios de direito levantados de ofício, sem ter previamente instado as partes a apresentar suas observações” (BRÊTAS, 2009, p. 436).

Ao comparar esses ordenamentos com o brasileiro, verifica-se que o princípio do contraditório, apesar de estar previsto na CRFB/88, no art. 5º, inc. LV, é interpretado como o simples dizer e contradizer, sendo apenas uma garantia estática (NUNES, 2004, p. 46).

“O que piora ainda mais a situação é a credulidade reformista brasileira que tão somente com o constante reforço de poderes judiciais, com possibilidades cada vez mais recorrentes da prática solitária da decisão, resolver-se-á todas as mazelas de nosso sistema processual.

Esta percepção equivocada ao lado de uma negligência ao papel dialógico e problematizante do

²⁷ “que le principe de l’ égalité des armes - l’ un des éléments de la notion plus large de procès équitable - requiert que chaque partie se voie offrir une possibilité raisonnable de présenter sa cause dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire” (TARZIA, 2001, p. 163-164).

processo conduz a um esvaziamento do papel do contraditório em nosso país e à redução de sua utilização dentro de uma percepção democrática da aplicação de tutela” (NUNES, 2004, p. 46).

Mister, portanto, que o princípio do contraditório seja analisado de forma constitucionalmente adequada, em conformidade com o modelo constitucional de processo, como garantia de influência e de não surpresa. Segundo José Lebre de Freitas, com fundamento na doutrina de Trocker, o princípio do contraditório deve deixar “de ser a defesa, no sentido negativo de oposição ou resistência à actuação alheia, para passar a ser influência, no sentido positivo de direito de incidir activamente no desenvolvimento e no êxito do processo” (*apud* BRÊTAS, 2009, p. 436). A decisão surpresa ou de “terceira via” ocorre sempre que a decisão não decorrer do contraditório entre as partes, mas da vontade subjetiva do juiz (NUNES, 2004, p. 51). O princípio do contraditório, portanto, garante que as partes, ao participar na construção da decisão, influenciem através de seus argumentos, a própria sentença²⁸, que ao refletir a argumentação efetivamente debatida entre os legitimados, será legítima e racional.

“No quadro do exercício do Poder Jurisdicional, o Direito realiza sua pretensão de legitimidade e de certeza da decisão através, por um lado, da reconstrução *argumentativa* no processo da *situação de aplicação*, e, por outro, da determinação *argumentativa* de qual, entre as normas jurídicas válidas, é a que deve ser aplicada, em razão de sua adequação, ao caso concreto. Mas não só por isso. A argumentação jurídica através da qual se dá a reconstrução do caso concreto e a determinação da norma jurídica adequada está submetida à garantia processual de participação em contraditório dos destinatários do provimento jurisdicional. O contraditório é uma das garantias centrais do discurso de aplicação jurídica institucional e é condição de aceitabilidade racional do processo jurisdicional” (OLIVEIRA, 2000, p. 165).

²⁸ Segundo Oliveira o processo “é procedimento discursivo, participativo, que garante a geração da decisão participada” (OLIVEIRA, 2001, p. 198).

A garantia efetiva do contraditório como princípio de influência e de não surpresa se projeta na decisão final, tornando-a legítima e aceitável pelas partes, portanto, imprescindível a compreensão do princípio da fundamentação das decisões, para elucidar a conexão existente entre esses princípios.

3.2. Princípio da Fundamentação das Decisões

A norma do art. 93, IX da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 exige que o princípio da fundamentação das decisões seja observado pelos magistrados em toda e qualquer decisão, sob pena de nulidade.

“Art. 93 ...

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004\)](#)”

O princípio da fundamentação é, portanto, uma garantia constitucional que “desde a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, produzida pela Revolução Francesa, resguarda a sociedade contra o autoritarismo e o arbítrio que se manifestavam em nome da lei” (GONÇALVES, 1992, p. 167). Essa garantia oportuniza o controle das decisões pelas partes, já que ao serem proferidas pelos órgãos jurisdicionais deverão estar fundamentadas em argumentos jurídicos. Essas decisões devem ser o produto da argumentação das partes e não da interpretação única e subjetiva do juiz, sob pena de controle de constitucionalidade e interposição de recursos.

“Na atualidade, sempre enfatizado no âmbito do direito processual constitucional, referido princípio impõe aos órgãos jurisdicionais do Estado o dever jurídico da

fundamentação de seus pronunciamentos decisórios, com o objetivo principal de afastar o arbítrio e as intromissões anômalas ou patológicas das ideologias, das subjetividades e das convicções pessoais dos agentes públicos julgadores (juízes) ao motivarem as decisões proferidas nos processos, quando decidem as questões neles discutidas, permitindo que as partes exerçam um controle de constitucionalidade da função jurisdicional e de qualidade sobre tais decisões, afastando-lhes os erros judiciários, por meio da interposição de recursos” (BRÊTAS, 2005, p. 147-161).

Verifica-se a relevância dessa garantia para a consolidação do Estado Democrático de Direito. Logo, para integral compreensão desse princípio, comparar-se-á sua aplicação no ordenamento jurídico italiano, francês e alemão.

Na Itália, o princípio da motivação tem previsão constitucional e infraconstitucional. A norma constitucional dispõe no art. 111 que “todos os provimentos jurisdicionais devem ser motivados”. Ao passo que a norma do art. 132 do Código de Processo Italiano prescreve aos magistrados, em relação à sentença, “a concisa exposição do desenvolvimento do processo e dos motivos de fato e de direito da decisão” (BRÊTAS, 2005, p. 148).

Já no ordenamento francês, esse princípio não encontra respaldo nas normas constitucionais, tendo previsão somente no art. 455 do Código de Processo Civil francês de 2001, que dispõe que “o julgamento deve ser motivado” (BRÊTAS, 2005, p. 148). No direito alemão, inexistente a positivação constitucional desse princípio. Entretanto, há previsão infraconstitucional no § 313 do Código de Processo Civil de 1877 em que

“Vê-se clara a influência do princípio da fundamentação das decisões jurisdicionais no seu enunciado normativo, ao ordenar que a sentença deve incluir, em sua estruturação, os fatos (exposição sucinta das pretensões e dos meios de defesa) e os fundamentos jurídicos (resumo das considerações nas quais se baseia a decisão sob o ponto de vista de fato e de direito), o que traduz o dever legal do órgão jurisdicional de motivá-la” (BRÊTAS, 2005, p. 148).

Feita a comparação, constata-se que no direito brasileiro esse princípio tem respaldo constitucional (art. 93, IX da Constituição Federal de 1988) e infraconstitucional (arts. 165

e 458 do Código de Processo Civil, art. 381 do Código de Processo Penal e art. 438 do Código de Processo Penal militar), assemelhando-se, portanto, ao ordenamento italiano (BRÊTAS, 2005, p. 149). Necessário, compreender o conteúdo dessa garantia constitucional. O princípio da fundamentação das decisões garante uma decisão fundamentada ou “justificada” através de argumentos jurídicos, não podendo o juiz utilizar argumentos metajurídicos ou suas “convicções pessoais” como se ele fosse o intérprete exclusivo no processo.

“A justificação se faz dentro de um conteúdo estrutural normativo que as normas processuais impõem à decisão (“devido processo legal”), em forma tal que o julgador lhe dê motivação racional com observância do ordenamento jurídico vigente e indique a legitimidade das escolhas adotadas, em decorrência da obrigatória análise dos argumentos desenvolvidos pelas partes, em contraditório, em torno das questões de fato e de direito sobre as quais estabeleceram discussão. Portanto, a fundamentação da decisão jurisdicional será o resultado lógico da atividade procedimental realizada mediante os argumentos produzidos em contraditório pelas partes, que suportarão seus efeitos. (...)”

No processo, as “razões de justificação (argumentos)” das partes, envolvendo as “razões de discussão (questões)”, produzidas em contraditório, constituirão “base” para as “razões da decisão”, e aí encontraremos a essência do dever de fundamentação, permitindo a geração de um pronunciamento decisório participado e democrático” (BRÊTAS, 2005, p. 153-154).

A co-dependência existente entre os princípios do contraditório e da fundamentação das decisões garante o controle do processo pelos seus legitimados, propiciando um devido processo constitucional no Estado Democrático de Direito.

4. A CONEXÃO ENTRE OS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES

Essa conexão existente entre esses princípios será demonstrada através da análise de uma decisão amplamente conhecida e divulgada pela mídia, qual seja, a decisão do juiz da 1ª Vara Criminal e de Menores da comarca de Sete Lagoas/MG proferida nos autos nº. 0672.06.226.183-5/07, em que o juiz em sua fundamentação, utilizou-se de argumentos religiosos para demonstrar a inconstitucionalidade da matéria da lei 11.340/06, popularmente conhecida como Lei Maria da Penha, já que somente resguarda a mulher (BARROS, 2008, p. 138).

“O tema objeto destes autos é a Lei 11.340/06, conhecida como *Lei Maria da Penha*. Assim, de plano surge-nos a seguinte indagação: devemos fazer um julgamento apenas jurídico ou podemos nos valer também de um julgamento histórico, filosófico e até mesmo religioso para se saber se esse texto tem ou não autoridade?

Se, segundo a própria Constituição Federal, é Deus que nos rege – e graças a Deus por isto – Jesus está então no centro destes pilares, posto que, pelo mínimo, nove entre dez brasileiros o têm como Filho Daquela que nos rege. Se isto é verdade, o Evangelho Dele também o é. E se Seu Evangelho – que por via de consequência também nos rege – está inserido num Livro que lhe ratifica a autoridade, todo esse Livro é, no mínimo, digno de credibilidade-filosófica, religiosa, ética e hoje inclusive histórica.

Esta *Lei Maria da Penha* – como posta ou editada – é, portanto de uma heresia manifesta. Herética porque é antiética; herética porque fere a lógica de Deus; herética porque é inconstitucional e por tudo isso flagrantemente injusta.

Ora! A desgraça humana começou no Éden: por causa da mulher (...)

Mas à parte dela, e como inclusive já ressaltado, o direito natural, e próprio em cada um destes seres, nos conduz à conclusão bem diversa. Por isso – e na esteira

destes raciocínios – dou-me o direito de ir mais longe, e em definitivo! O mundo é masculino! A idéia que temos de Deus é masculina! Jesus foi homem! (...)

A mulher moderna – dita independente, que nem de pai para seus filhos precisa mais, a não ser dos espermatozoides – assim só o é porque se frustrou como mulher, como ser feminino” (BRASIL, 2007).

Para que haja uma aceitabilidade racional da decisão, esta deve se fundar em argumentos jurídicos decorrentes do contraditório entre as partes. O pronunciamento jurisdicional, em análise, demonstra que a argumentação utilizada é meramente religiosa, advinda da convicção do juiz, do seu subjetivismo. “Trata-se a sentença de um monólogo judicial e não de um diálogo entre as partes” (BARROS, 2008, p. 139). Ainda que o juiz tenha fundamentado a decisão, ela não é aceitável, porque não é produto do contraditório, já que as partes não construíram e nem influenciaram na decisão, tornando-se esta uma surpresa aos afetados por ela. A fundamentação das decisões pressupõe a existência de um contraditório efetivo. Ao passo que o contraditório é pressuposto para uma fundamentação das decisões racional e legítima. A conexão entre esses princípios decorre dessa indissociabilidade.

“Deste modo, a fundamentação da decisão é indissociável do contraditório, visto que garantir a participação dos afetados na construção do provimento, base da compreensão do contraditório, só será plenamente garantida se a referida decisão apresentar em sua fundamentação a argumentação dos respectivos afetados, que podem, justamente pela fundamentação, fiscalizar o respeito ao contraditório e garantir a aceitabilidade racional da decisão. (...) Ao se exigir que a construção da decisão respeite o contraditório e a fundamentação, não mais se permite que o provimento seja um ato isolado de inteligência do terceiro imparcial, o juiz na perspectiva do processo jurisdicional. A relação entre estes princípios é vista, ao contrário, em sentido de garantir argumentativamente a aplicação das normas jurídicas para que a decisão seja produto de um esforço re-constutivo do caso concreto pelas partes afetadas” (BARROS, 2008, p. 135-136).

A sentença proferida pelo juiz em relação à Lei Maria da Penha foi um “ato isolado de inteligência”, como se ele fosse o único intérprete no processo. Verifica-se que nesse processo, o contraditório foi simplesmente a bilateralidade de audiência, o simples dizer e contradizer, sem que a argumentação construída pelas partes seja condicionante para o juiz, no momento de prolatar a decisão. Por isso, as críticas ao instrumentalismo, ao “contraditório estático” e ao subjetivismo do juiz (juiz como “super-parte”), que deve realizar os “escopos metajurídicos” através do processo.

A decisão, objeto de estudo é, portanto, inconstitucional, uma vez que “desconsiderou, ao seu embasamento, os argumentos produzidos pelas partes no *iter* procedimental, (...) logo, não será sequer pronunciamento jurisdicional, tendo em vista que lhe faltaria a necessária legitimidade” (CORDEIRO LEAL, 2002, p. 105).

No Estado Democrático de Direito, o contraditório deve ser compreendido como princípio de influência e de não surpresa, tornando-se base para o princípio da fundamentação da decisão e para o exercício do controle da argumentação utilizada pelo juiz. Se houver a restrição ou a supressão da garantia constitucional do contraditório, certamente, haverá a violação da garantia constitucional da fundamentação das decisões. Ao passo que se o princípio da fundamentação das decisões for respeitado, o contraditório também foi respeitado no trâmite processual. Dessa co-dependência, indissociabilidade, decorre a conexão entre esses princípios constitucionais que constituem o devido processo constitucional.

“Nessa perspectiva, unem-se inseparavelmente o princípio do contraditório e o princípio da fundamentação das decisões, como se fossem irmãos siameses, ambos atuando na dinâmica argumentativa (fática e jurídica) do procedimento, de forma que propicie a geração democrática de uma decisão jurisdicional participada, em concepção renovada de processo, trabalhada a partir da confluência da “teoria discursiva do direito e da democracia” (HABERMAS) com a “teoria do processo como procedimento em contraditório” (FAZZALARI)” (BRÊTAS, 2005, p. 155).

5. CONCLUSÃO

Conclui-se que no Estado Democrático de Direito o processo deve ser compreendido como garantia constitutiva de direitos fundamentais, assegurada às partes, a participação na construção da decisão em simétrica paridade. Portanto, a efetividade do processo não decorre de uma justiça rápida, mas está intimamente ligada ao respeito às garantias constitucionais que constituem o devido processo constitucional, que propiciarão o reconhecimento e a fruição dos direitos fundamentais.

Pode-se pensar em uma Teoria Geral do Processo através do modelo constitucional de processo, fundada em uma base principiológica uníssona, visto que os princípios do contraditório, da ampla argumentação, do terceiro imparcial e da fundamentação das decisões estão e devem estar presentes em qualquer processo democrático. Logo, esses princípios são co-dependentes e indissociáveis, visto que a restrição ou a supressão de um deles significa o desrespeito aos demais. Esse esquema geral de processo não significa que as garantias constitucionais são somente essas, pelo contrário, em cada microsistema (processo penal, processo civil, processo trabalho, dentre outros) os demais princípios constitucionais devem ser observados.

É importante ressaltar que apesar do objeto de estudo ser os princípios (garantias constitucionais) do contraditório e da fundamentação das decisões, as demais garantias devem ser efetivadas.

Em relação ao princípio do contraditório conclui-se que ele deve ser compreendido de forma dinâmica, como princípio de influência e de não surpresa, para a consolidação do Estado Democrático de Direito. Ademais, essa garantia possibilita às partes exercer o controle sobre as decisões proferidas pelo órgão estatal e, verificar a aceitabilidade racional das mesmas, visto que o juiz deve fundamentar a decisão com base em argumentos jurídicos trazidos a debate pelas partes e não em argumentos metajurídicos ou convicções pessoais.

Ao passo que o princípio da fundamentação das decisões é a garantia constitucional de que todos os pronunciamentos dos órgãos estatais deverão ser fundamentados (justificados) para que a decisão seja racional e legítima. Logo, não serve qualquer

fundamento, advindo da interpretação única do juiz, o argumento a ser utilizado para fundamentar a decisão deve ser aquele levado a debate, trazido ao contraditório.

Visível, portanto, a conexão (co-dependência, indissociabilidade) existente entre os princípios do contraditório e da fundamentação das decisões. Um é base e pressuposto do outro, ou seja, só haverá uma devida fundamentação das decisões, se tiver havido um devido contraditório. Ao passo que só se comprovará que existiu um efetivo contraditório, se a fundamentação utilizada na sentença, corresponder aos argumentos debatidos pelas partes. As partes, através do contraditório, irão influenciar e construir a decisão juntamente com o juiz, fazendo com que a sentença seja o produto dessa participação. Logo, não existirá decisão surpresa no processo constitucional democrático, já que as partes influenciarão o pronunciamento do órgão estatal de forma a verificar se o juiz cumpriu com o seu dever de fundamentar a decisão com argumentos jurídicos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Estúdios de teoria general y historia del proceso (1945-1972)*. Tomo II, números 12-30. Universidad Nacional Autónoma de México: México, 1992. Disponível em: <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1050>. Acesso em 24 de Março de 2009.

ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. *I fondamenti costituzionali della giustizia civile: il modello costituzionale del processo civile italiano*. Torino: Giappichelli, 1997.

ANDOLINA, Italo. O papel do processo na atuação do ordenamento constitucional e transnacional. *Revista de Processo* v. 87, p. 63-69. São Paulo, jul./set. 1997.

ARAÚJO, Marcelo Cunha de. *O novo processo constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do processo constitucional. *Revista da Faculdade Mineira de Direito* v. 2, ns. 3 e 4, p. 89-154. Belo Horizonte, 1º e 2º 1999.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito Processual Constitucional: aspectos contemporâneos*. 1ª reimpressão, Belo Horizonte: Fórum, 2008a.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do processo constitucional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v.16, n.62, p.135-200, jan. 2008b.

BARROS, Flaviane de Magalhães. Ensaio de uma Teoria Geral do Processo de bases principiológicas: sua aplicação no processo legislativo, executivo e jurisdicional. In: Marcelo Campos Galuppo. (Org.). *O Brasil que queremos- Reflexões sobre o Estado Democrático de Direito*. 1. ed. Belo Horizonte: Editora Puc-Minas, 2006, v. 1, p. 227-238.

BARROS, Flaviane de Magalhães. A fundamentação das decisões a partir do modelo constitucional de processo. In: *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, vol. 1, n. 6. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2008. Pag. 131-148.

BARROS, Flaviane de Magalhães. O Modelo Constitucional de Processo e o Processo Penal. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. (Org.). *Constituição e Processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. 1 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, v. 1, p. 331-345.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito In: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Constituição e crise política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 97-148.

BASTOS, Celso Ribeiro; MEYER-PFLUG, Samantha. A interpretação como fator de desenvolvimento e atualização das normas constitucionais. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, p.145-164.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. *Código do Processo Civil do Brasil (Decreto-Lei nº. 1.608 de 18 de Setembro de 1939)*. Obra de autoria dos Editores Largo do Ouvidor 15. São Paulo: Editora Saraiva e Cia, Editores Largo do Ouvidor 15, 1939. 395p. (Legislação brasileira).

BRASIL. *Constituição Federal, Código Civil, Código de Processo Civil*. Organizador: Yussef Said Cahali. Obra coletiva de autoria da Editora Revista dos Tribunais. 10. ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. (Legislação brasileira).

BRASIL. 1ª Vara Criminal e de Menores da Comarca de Sete Lagoas. Decisão proferida nos Autos do Inquérito nº. 245.986-6/07, Sete Lagoas, 2007.

BRÊTAS C. Dias, Ronaldo. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004a.

BRÊTAS C. Dias, Ronaldo. Fundamentos do Estado Democrático de Direito. *Revista da Faculdade Mineira de Direito* v. 7, ns. 13 e 14, p. 150-163. Belo Horizonte, 1º e 2º sem/2004b.

BRÊTAS C. Dias, Ronaldo. A garantia da fundamentação das decisões jurisdicionais no Estado Democrático de Direito. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*. v. 8, nº. 16, p. 147-161. Belo Horizonte, 2º sem. 2005.

BRÊTAS C. Dias, Ronaldo. Direito à jurisdição eficiente e garantia da razoável duração do processo no Estado Democrático de Direito. *In: Marcelo Campos Gallupo (Org.). O Brasil que queremos: Reflexões sobre o Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Editora PUC/Minas, 2006, p. 653-663.

BRÊTAS C. Dias, Ronaldo. As reformas do Código de Processo Civil e o processo constitucional. *In: BRÊTAS C. Dias, Ronaldo e NEPOMUCENO, Luciana Diniz (Coords.). Processo civil reformado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

BRÊTAS C. Dias, Ronaldo. Exame técnico e sistemático do Código de Processo Civil reformado. *In: BRÊTAS C. Dias, Ronaldo e NEPOMUCENO, Luciana Diniz (Coords.). Processo civil reformado*. 2ª. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. Teoria geral do processo. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie costituzionali e “giusto processo” (modelli a confronto). *Revista de Processo* v. 90, p. 95-150. São Paulo, abr./jun. 1998.

CORDEIRO LEAL, André. *O contraditório e a fundamentação das decisões jurisdicionais no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

CORDEIRO LEAL, André. Processo e jurisdição no estado democrático de direito: reconstrução da jurisdição a partir do direito processual democrático. 2005. 133f. Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Três desafios para um Direito Mundial*. Trad. Fauzi Hassan Chouck. Rio de Janeiro:Lumen Júris, 2003.

DEL NEGRI, André. *Controle de Constitucionalidade no Processo Legislativo: teoria da legitimidade democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

DINAMARCO, Cândido R. A instrumentalidade do processo. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 181 e 183.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Trad. 8ª. ed. Elaine Nassif. 1ª. ed. Campinas: Bookseller, 2006.

GALUPPO, Marcelo Campos. Hermenêutica constitucional e pluralismo. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coord.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p.47-65.

GALUPPO, Marcelo Campos. O que são direitos fundamentais? In: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.213-238.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. Trad. de Flávio Beno Siebeneicheler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v.1.

LEAL, Rosemiro Pereira. Verossimilhança e inequívocidade na tutela antecipada em processo civil. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v.2, n.3 e 4, p.229-235, 1º e 2º sem. 1999.

LEAL, Rosemiro Pereira. Comentário de acórdão do STF. *Boletim Técnico da Escola Superior de Advocacia da OAB/MG* v.1, série participativa, p.59-78. Belo Horizonte, jan/jun 2004a.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Estudos continuados de teoria do processo: volume 5 : a pesquisa jurídica no curso de mestrado em direito processual : processo, ação e jurisdição em Chiovenda, Carnelutti, Liebman e Fazzalari*. Porto Alegre: Síntese, 2004b.

LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria geral do processo: primeiros estudos. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Forense, 2009.

MEDINA, Paulo. *Direito Processual Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1999.

MEYER, Emílio Peluso Neder. A Arguição de descumprimento de preceito fundamental no paradigma do estado democrático de direito. In: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *O Supremo Tribunal Federal revisitado: o ano judiciário de 2002*. Belo Horizonte: Mandamentos: 2003, p. 163-235.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do Direito Constitucional*. Trad. Peter Naumann. 3ª. Ed. Ver. Ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório. *Boletim Técnico da Escola Superior de Advocacia da OAB/MG* v.1., série participativa, p. 39-55. Belo Horizonte, jan-jun/2004.

NUNES, Dierle José Coelho. *Comparticipação e policentrismo: horizontes para a democratização processual civil*. 2008. Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. O processo constitucional como o instrumento da jurisdição constitucional. *Revista da Faculdade Mineira de Direito* v. 3, ns. 5 e 6, p. 161-169, Belo Horizonte, 1º e 2º sem. 2000.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Direito processual constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Teoria Discursiva da argumentação jurídica de aplicação e garantia processual jurisdicional dos direitos fundamentais. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 189-225.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, p.115-143.

TARZIA, Giuseppe. L'art. 111 Cost e le garanzie europee del processo civile. *Revista de Processo* v. 103, p. 156-174. São Paulo, jul/set 2001.

VARGAS, José Cirilo de. *Processo penal e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

VIEIRA, José Marcos Rodrigues. Teoria geral da efetividade do processo. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v.1, n.1, p.90-107, 1ºsem. 1998.

ACESSO À JUSTIÇA E TUTELA DOS INTERESSES DIFUSOS

ACCESS TO JUSTICE AND THE PROTECTION OF DIFFUSE INTERESTS

Eduardo A. Braga Bacal

Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Coimbra, Portugal. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Procurador da Ordem dos Advogados do Brasil - Seccional do Rio de Janeiro. Advogado do escritório Azevedo Sette

Resumo: Com a constante massificação da sociedade, os denominados interesses difusos adquirem suma importância, dando ensejo ao surgimento de uma nova categoria de direitos fundamentais. Ocorre que, a simples proclamação de direitos fundamentais não é suficiente para garantir a sua eficácia. Assim, é indispensável que os legisladores e os operadores do Direito promovam de forma articulada medidas conducentes ao aperfeiçoamento jurídico e social do acesso à justiça para efeitos de tutela dos interesses difusos, de modo que o aparelhamento jurisdicional do Estado atenda a demanda a que permanentemente é chamado a responder nesta seara. Por meio do presente texto, pretende-se definir o direito de acesso à justiça, abordar as sucessivas etapas perante as quais aquele direito se projetou, e estabelecer um vínculo entre os interesses difusos, aqui tratados com maior profundidade, e o direito de acesso à justiça, uma vez que, entre eles, existe uma relação de inexorável dependência.

Palavras-chave: acesso à justiça – interesses difusos – eficácia de direitos – tutela coletiva – processo civil

Abstract: Due to the constant massification of society, so-called diffuse interests gain several importance, leading to the emergence of a new category of fundamental rights. Nevertheless, the mere declaration of fundamental rights is not sufficient to ensure its

effectiveness. It is also essential that legislators and law professionals promote coordinated measures towards to the to improvement of the social and legal access to justice for the protection of diffuse interests, so that the state court meets with the due satisfaction the demand that is constantly called to answer in this endeavor. The present text seeks to define the right of access to justice, address the various stages before which that law is designed, and establish a link between the general interest, hereinafter treated in greater depth, and the right of access to justice since, among them, there is an inexorable depending relationship.

Key words: access to justice – diffuse interests – effectiveness of rights – civil litigation – collective protection of rights

Introdução

Como é notório, o processo vem sofrendo profundas transformações para atender às mudanças que se operaram no âmbito da sociedade. Alguns fatores, como a revolução industrial e, sobretudo, a produção em série que ela ocasionou, aos quais se acrescenta o aumento explosivo da população, nunca antes visto na humanidade, deram origem às *relações de massa*⁽¹⁾.

Neste contexto, o processo teve que se ajustar à nova realidade das relações (e conflitos) de massa, o que acarretou consequências para a tutela dos interesses difusos. Na realidade, o processo construído sob o pressuposto individualista e tradicional, apropriado para resolver conflitos do tipo Tício *versus* Caio, passou a mostrar-se precário para dar uma resposta satisfatória à complexidade das questões que se engendram nos *litígios de massa*, a exemplo do que ocorre em diversas ações que visam à tutela do meio ambiente e dos direitos dos consumidores.

¹ GAVRONSKY, 2005, p. 18/19.

Sendo assim, de pouco valeria a consagração meramente formal de direitos fundamentais de caráter difuso se o Estado não fosse dotado dos instrumentos próprios para assegurar, efetivamente, os meios de proteção desses direitos. Para tal efeito, o direito processual atua com indiscutível importância, visto que fornece o conjunto de instrumentos⁽²⁾ com vista à concretização do direito material e comporta um elemento intrínseco de pacificação social dos conflitos que se instauram no cotidiano, fruto dos antagonismos que surgem à medida que os cidadãos são titulares de um extenso rol de direitos, deveres e garantias.

Nesta medida, optamos por tecer algumas considerações sobre a evolução do direito de acesso à justiça que culminou, em uma de suas fases, na “onda”³ relativa à proteção dos interesses difusos, dada a sua permanente importância adquirida em uma sociedade de massa, nos termos acima referenciados.

Situar a importância dos interesses difusos ou meta-individuais supera, em muito, uma preocupação meramente acadêmica ou dogmática. Objetiva-se, acima de tudo, contribuir para que o cidadão comum, antes mais frágil frente à violação de direitos que se operava, sobretudo, no plano individual, compreenda o alcance atual dos denominados interesses difusos, a possibilidade de acesso à justiça para postular a sua defesa e, por fim, quais as principais dificuldades que se vislumbram na sua concretização.

Considerações iniciais sobre o direito de acesso à justiça

Várias designações são frequentemente empregadas de forma análoga ao acesso à justiça, a exemplo do “Direito à jurisdição”, do “processo equitativo”, do “devido processo legal”, ou, em outros quadrantes geográficos, do *debido proceso*, do *due process of law*, do *giusto processo* e do *fairen Verfahren*, todos aludindo, segundo o autor, ao “direito a um procedimento axiologicamente condicionado”.

² Segundo OLIVEIRA, o direito processual teria por escopo “disciplinar mecanismos mais ou menos complexos (processos), com vistas a garantir o reconhecimento e o cumprimento do direito material mesmo na hipótese de ausência de cooperação espontânea por parte de quem assim deve agir”. OLIVEIRA, 2006, p. 758.

³ Trata-se de designação utilizada por CAPPELLETTI e GARTH, acerca da qual falaremos mais adiante.

Seja como for, em todas as vertentes assinaladas predomina o consenso, sobretudo na doutrina norte-americana e na dos países da Europa ocidental, de acordo com o qual é imprescindível a existência da chamada *justiça processual*, cujo critério deve, assim, orientar todos os ordenamentos jurídicos em matéria de processo ⁽⁴⁾.

Cabe-nos esclarecer, no entanto, que a expressão acesso à justiça não deve ser usada como sinônimo de devido processo legal, ou “processo equitativo”, uma vez que se trata de conceitos semelhantes, porém distintos.

Ao contrário do acesso à justiça, o devido processo legal se identifica, segundo ALEXANDRE FREITAS CÂMARA, com a idéia de um *processo justo*, no qual seja assegurado aos litigantes um processo pautado por “um tratamento isonômico, num contraditório equilibrado, em que se busque um resultado efetivo, adaptado aos princípios e postulados da instrumentalidade do processo” ⁽⁵⁾.

Na esteira que reconhece no acesso à justiça um conteúdo marcadamente conexo à justiça social, encontramos a posição de MAURO CAPPELLETTI e BRYANT GARTH, cujos estudos precursores são de extrema relevância para compreender-se a dimensão contida na garantia constitucional de acesso à justiça. Em consonância com os seus ensinamentos, “A expressão ‘acesso à Justiça’ é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado” ⁽⁶⁾.

Em sentido próximo, citamos a classificação levada a cabo por ANTÔNIO HERMAN V. BENJAMIN, para quem a expressão acesso à justiça é digna de três enfoques básicos. Numa visão mais restrita, contempla apenas o acesso à tutela jurisdicional, isto é, a composição dos litígios mediante a via judicial, razão pela qual se inscreve apenas no universo do processo.

Num sentido mais amplo, diz respeito a um espectro mais alargado, atinente à *tutela de direitos ou interesses violados*, seja mediante os recursos jurídicos mais variados ou não. Tanto em um caso como no outro, os instrumentos de acesso à justiça podem ter natureza

⁴ DUARTE, 2007, p. 12.

⁵ CÂMARA, 2002, p. 36.

⁶ CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p. 8.

preventiva, repressiva ou *reparatória*. Por último, numa conotação integral, tratar-se-ia do acesso ao Direito, a uma ordem jurídica justa, em que o acesso à justiça se confunde com o próprio acesso ao poder ⁽⁷⁾.

Ainda assim, os referidos autores admitem que o conceito teórico do indigitado direito tem-se mostrado suscetível a permanente evolução, o que demanda uma nova abordagem no estudo do processo civil. A princípio, o acesso à proteção judicial tinha como correlato o direito de ação, associado, portanto, a um direito formal do indivíduo. Na linha do sistema que regia o *laissez-faire*, ao Estado não importava a incapacidade de muitas pessoas utilizarem plenamente a justiça e as suas instituições, as quais constituíam um privilégio daqueles que pudessem arcar com os seus elevados custos ⁽⁸⁾.

As mudanças ocorridas nesse cenário decorrem, em grande parte, do advento do novo modelo econômico introduzido pelo Estado Social (*Welfare State*), mais ajustado à nova realidade social, marcada por uma acentuada complexidade e massificação. Inicia-se, portanto, uma nova fase, cuja nota, sem dúvida emblemática, é o reconhecimento de direitos ⁽⁹⁾ e deveres sociais por parte dos governos, comunidades, associações e indivíduos.

Sob os auspícios desse movimento, os indivíduos passam a gozar de novos direitos substantivos na qualidade de consumidores, locatários, empregados e titulares do direito ao ambiente; e, em tal contexto, passou a atuar a garantia de acesso à justiça dos cidadãos, a fim de que esses direitos não fossem meras proclamações, mas sim direitos efetivos, capazes de serem realizados frente às instituições integrantes da justiça ⁽¹⁰⁾.

Estabelecidas as linhas básicas acerca da evolução teórica do conceito de acesso à justiça, impende referenciar os dois princípios que consubstanciam o substrato jurídico-

⁷ BENJAMIN, 1996, p. 280-281.

⁸ CAPPELLETTI, e GARTH, Bryant, 1988, p. 9. Em sentido idêntico, veja-se: BENJAMIN, 1996, p. 309.

⁹ Consoante relata SANTOS, a preocupação com o acesso à justiça ganhou muita relevância após a segunda guerra mundial, sobretudo entre as décadas de 60 e 70, com a consolidação de novos direitos sociais, econômicos e culturais e o surgimento do Estado-Providência. Veja-se: SANTOS, 2001, p. 167.

¹⁰ São pertinentes, a este respeito, os ensinamentos de CAPPELLETTI e GARTH: “O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”. CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p. 12.

constitucional relativo ao acesso à justiça: a dignidade da pessoa humana e o Estado de Direito ⁽¹¹⁾.

Começemos pelo primeiro. Partindo do pressuposto de que a pessoa humana constitui a finalidade precípua e legitimadora de todo o arcabouço jurídico, levando CASTANHEIRA NEVES a sustentar que “o direito não pode sequer pensar-se se não for pensado através da pessoa e para a pessoa” ⁽¹²⁾, emerge indubitável o papel desempenhado pela dignidade da pessoa humana, a qual serve como fundamento para a própria Constituição Federal.

Tendo isto em mente, revela-se inconcebível que os indivíduos não disponham dos meios necessários para reivindicar a prestação jurisdicional junto aos órgãos competentes por ela responsáveis. Por outros termos, somente poder-se-á falar de dignidade da pessoa humana em um regime no qual os cidadãos contem com os mecanismos de acesso ao Poder Judiciário para fazer valer os seus direitos, notadamente aqueles direitos que gozam de especial relevo constitucional, tal como o meio ambiente, erigido à qualidade de direito fundamental ⁽¹³⁾.

Quanto ao segundo princípio, tampouco há dúvidas sobre a sua ligação indissolúvel com o Estado de Direito. Se partirmos da premissa de que o Estado, na sua concepção pós-moderna, é um Estado de direito democrático, afirmação da qual resulta a estreita articulação entre o Estado de Direito e a Democracia, inevitável constitui também

¹¹ DUARTE, 2007, p. 83 e seguintes.

¹² NEVES, 1995, p. 40.

¹³ É o que expõe, com particular clareza, RONNIE PREUSS DUARTE: “A dignidade da pessoa humana só pode, em termos potenciais, ser alvo de veraz proteção e garantia, enquanto aos cidadãos for assegurada a possibilidade de recorrer ao Poder Judiciário para a tutela dos seus direitos, notadamente aqueles que gozam de dignidade constitucional. Ausente tal possibilidade e restando inviável a auto-tutela, ao cidadão violado em seus direitos fundamentais nenhuma possibilidade restaria, senão resignar-se com a afronta ao seu direito”. DUARTE, 2007, p. 87. Na mesma linha, RONALDO CRAMER adverte que há a um mínimo existencial presente no princípio da dignidade da pessoa humana que deve ser sempre preservado: “Esse mínimo existencial constitui-se de valores que jamais podem ser ponderados com nenhum outro princípio. Devem prevalecer sempre, pois são inerentes à condição de ser humano. Afinal, tão indigno quanto passar fome é não ter meios de reivindicar a tutela jurisdicional adequada para seu direito; tão indigno quanto não ter liberdade é viver numa sociedade em que poucos podem proteger seus direitos e muitos os desconhecem. Sem acesso à justiça, o ser humano não consegue viver em sociedade”. CRAMER, 2003, p. 200.

consignar a ligação entre Estado de Direito e o acesso à justiça para a proteção dos mais básicos direitos⁽¹⁴⁾.

Ora, se a defesa dos direitos fundamentais e, conseqüentemente, o acesso à justiça para a sua efetiva realização, é condição necessária para a sobrevivência da Democracia⁽¹⁵⁾, é-o também para o Estado de Direito. Uma afirmação naturalmente conduzirá à outra, em consonância com um argumento lógico-jurídico.

Nesse sentido, RONNIE PREUSS DUARTE sustenta que “não se pode falar, absolutamente, em Estado democrático de direito sem que aos cidadãos seja garantida, em toda sua plenitude, a possibilidade de, em igualdade de condições, socorrer-se aos tribunais para a tutela das respectivas posições jurídicas subjetivas. Cuida-se do direito geral de proteção jurídica, cujo asseguramento é dever inarredável do Estado em face dos cidadãos sendo, ainda, uma imposição do ideal democrático”⁽¹⁶⁾.

As três ondas Cappellettianas do acesso à Justiça

O estudo sobre a problemática do acesso à justiça levou MAURO CAPPELLETTI e BRYANT GARTH a dividirem a referida questão em três “ondas”⁽¹⁷⁾, em atenção a uma sequência cronológica que se teria vislumbrado nos diversos países ocidentais que estiveram envolvidos em proporcionar maior efetividade no acesso à justiça. Podem ser

¹⁴ Neste sentido, preconizam J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA: “O Estado é um Estado de direito democrático. Este conceito – que é seguramente um dos conceitos chave da CRP – é bastante complexo, e as suas duas componentes – ou seja, a componente do Estado de direito e a componente do Estado democrático – não podem ser separadas uma da outra. O Estado de direito é democrático e só sendo-o é que é Estado de direito; o Estado democrático é estado de direito e só sendo-o é que é democrático”. CANOTILHO, e MOREIRA, 1993, p. 62.

¹⁵ São cristalinas, neste particular, as palavras de NORBERTO BOBBIO: “Direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos. Em outras palavras, a democracia é a sociedade dos cidadãos, e os súditos se tornam cidadãos quando lhes são reconhecidos alguns direitos fundamentais;”. BOBBIO, 2004, p. 21.

¹⁶ DUARTE, 2007, p. 88-89.

¹⁷ Embora adote a mesma classificação, BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS utiliza outro nome para fazer referência às “ondas” aqui mencionadas. Trata-se, segundo ele, da *metáfora das três vagas*. SANTOS, 2002, p. 5 e seguintes.

resumidas da seguinte forma ⁽¹⁸⁾: (i) Assistência Judiciária; (ii) Representação dos interesses difusos; e (iii) Concepção mais ampla de acesso à justiça. Examinemos cada uma delas, sem entrar em pormenores.

A primeira “onda” do acesso desse movimento foi a assistência judiciária, através da qual os ordenamentos jurídicos se preocuparam em assegurar a prestação jurídica gratuita às pessoas com condições econômicas menos favorecidas ⁽¹⁹⁾.

O segundo grande movimento neste sentido teve como foco a representação dos interesses difusos, tornando necessária, entre outras questões, uma releitura das concepções tradicionais do processo civil, nomeadamente a legitimidade, antes vinculada à ocorrência de uma lesão direta e pessoal. Tal se aplica também à coisa julgada, cujos efeitos sempre tiveram de quedar-se restritos às partes integrantes da relação jurídico-processual, e outros como a citação e os poderes do juiz.

Finalmente, a terceira “onda”, cuja teoria mais recentemente se desenvolveu, tem, como aspecto central, colocar em perspectiva uma visão mais ampla do acesso à justiça em comparação às duas ondas que a antecederam, dado que aquelas se ocuparam, essencialmente, em descortinar os problemas implicados com o acesso ao Poder Judiciário. Este novo enfoque do acesso à justiça desloca-se para uma dimensão mais preocupada com a efetividade dos direitos, com a reforma dos procedimentos jurisdicionais, a estrutura dos tribunais e, sobretudo, com a criação de meios alternativos de resolução de conflitos ⁽²⁰⁾, também conhecidos como os ADR, isto é, *Alternative Dispute Resolution*.

A segunda onda do acesso à justiça e a tutela dos interesses difusos

Efetivamente, a atenção voltada à proteção dos interesses difusos é fruto da segunda onda do acesso à justiça, que teve início entre os anos de 1965 e 1970 nos Estados Unidos

¹⁸ CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p. 31 e seguintes.

¹⁹ É neste contexto que se legitima a função desempenhada, no Brasil, pela Defensoria Pública, consoante o artigo 134 da Constituição Federal de 1988: “A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5.º, LXXIV”.

²⁰ CHAVES, 2006, p. 27 e seguintes.

da América. Até então, o processo era visto apenas como um instrumento de resolução de conflitos entre duas partes, sob a ótica puramente individual, no âmbito da qual inexistia espaço para a proteção dos interesses supraindividuais.

Ganharam terreno, assim, os chamados litígios de *Direito Público*, em razão de sua vinculação com assuntos importantes de política pública que envolvam grandes grupos de pessoas ⁽²¹⁾. Isto acarretou alterações em determinados conceitos processuais, no que diz respeito, sobretudo, à legitimidade ativa, ao permitir que cada vez mais indivíduos ou grupos passassem a atuar na defesa de interesses difusos, o que demandou, por outro lado, uma nova postura do juiz em relação a conceitos processuais básicos como a *citação* e o *direito de ser ouvido* ⁽²²⁾.

Outro conceito processual reconduziu a uma necessária revisão de sua abordagem tradicional, a coisa julgada, de modo a permitir, em alguns casos, que uma ação judicial vinculasse pessoas que não tivessem integrado um determinado litígio e dele sequer tivessem tomado conhecimento.

Em resumo, tais modificações espelham a ruptura de uma visão essencialmente individualista do processo judicial para uma concepção social e coletiva. Tal mudança de paradigma é sintetizada por CAPPELLETTI com particular clareza: “*The struggle between the maintenance of these traditional rules and the growth of class and public-interest actions reflects perhaps in the most heated ideological struggle of our century – between solidarity individualism and laissez-faire, on the one hand, and social conception of the law, the economy, and the state’s role, on the other*” ⁽²³⁾.

Nesse diapasão, algumas técnicas foram implementadas em diferentes quadrantes geográficos, com o objetivo de materializar a proteção dos interesses supra-individuais ⁽²⁴⁾: (i) A ação governamental; (ii) A técnica do Procurador-Geral Privado; (iii) A técnica do Advogado Particular do Interesse Público.

²¹ CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p. 50.

²² Consoante CAPPELLETTI e GARTH, “Uma vez que nem todos os titulares de um direito difuso podem comparecer a juízo – por exemplo, todos os interessados na manutenção da qualidade do ar, numa determinada região – é preciso que haja um ‘representante adequado’ para agir em defesa da coletividade, mesmo que os membros dela não sejam ‘citados’ individualmente”. CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p. 50.

²³ CAPPELLETTI, 1975, p. 855.

²⁴ CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p. 51.

Analisemos, sucintamente, cada um dos resultados colhidos por essas técnicas. Segundo relatam esses autores, a *ação governamental* tem-se mostrado ineficiente para o cumprimento da sua finalidade. Tanto em países da *common law*, como em países da Europa Continental, as instituições governamentais que deveriam proteger o interesse público não são capazes de satisfazê-lo devido às limitações estruturais e financeiras a elas inerentes. Por outro lado, o Ministério Público aparece frequentemente associado a papéis tradicionais restritos e é incapaz de assumir, integralmente, a defesa dos interesses difusos recentemente surgidos, como demonstra, a título de exemplo, a experiência alemã (o *Staatsanwalt*) e a experiência soviética (a *Prokuratura*)⁽²⁵⁾.

Por outro lado, a reivindicação desses direitos exige, não raro, qualificação técnica em matérias que extrapolam a área jurídica, como contabilidade, economia, medicina e urbanismo; e, relativamente a tais especialidades, os órgãos do Governo, muitas vezes, não dispõem do treinamento necessário para atingir um relativo grau de eficiência.

Ao seu turno, a técnica do Procurador-Geral Privado permite a propositura, por indivíduos, de ações que visem à defesa de interesses públicos ou coletivos. Exemplo dessa prerrogativa conferida aos cidadãos é a possibilidade de ajuizarem ações tendentes à impugnação da paralisação de determinada ação do governo.

Algumas ações têm sido propostas com essa finalidade, sobretudo no domínio do direito ambiental, tal como a admissão de ações privadas, nos Estados Unidos, para fazer valer o *Clean Air Act* (Lei de Antipoluição Atmosférica), de 1970⁽²⁶⁾. Solução semelhante é adotada no Estado alemão da Baviera, onde qualquer pessoa pode propor uma

²⁵ Interessantes, neste aspecto, os comentários de MAURO CAPPELLETTI e BRYAN GARTH acerca da experiência norte-americana: “(...) isso porque, ainda mais que o Ministério Público nos países de sistema continental, o *attorney general* (procurador-geral) é um funcionário político. Essa condição, se, de um lado, pode inspirá-lo, pode, também, inibi-lo de adotar a posição independente de um ‘advogado do povo’ contra componentes poderosos do *establishment* ou contra o próprio Estado”. CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p. 52.

²⁶ Para todos os efeitos, pode-se dizer que o *Clean Air Act* consiste na “*United States Federal Law* that requires the *Environmental Protection Agency* (EPA) to develop and enforce regulations to protect the general public from exposure to *airborne contaminants* that are known to be hazardous to human health. This law is an amendment to the *Clean Air Act* originally passed in 1963”. Informação obtida no site [http://en.wikipedia.org/wiki/Clean_Air_Act_\(1970\)](http://en.wikipedia.org/wiki/Clean_Air_Act_(1970)), consultado no dia 7 de maio de 2007. De acordo com o parágrafo 1857-1871 da referida legislação, qualquer cidadão pode acionar qualquer poluidor, inclusive órgãos governamentais, por desobediência à lei ambiental, não se exigindo a demonstração de lesão de qualquer interesse direto do requerente.

Popularklage (ação popular) perante a Corte Constitucional, contra legislação estadual que viole a Declaração de Direitos contida na Constituição Bávara de 1946.

Finalmente, a técnica do advogado particular do interesse público se desdobra em várias etapas. Primeiro, implica a necessidade de reconhecimento de grupos, “uma vez que os grupos organizados para a defesa dos interesses difusos podem, eles mesmos, ser fontes de abusos, mecanismos de controle público (governamental) também têm sido desenvolvidos”⁽²⁷⁾.

A França, por exemplo, conferiu através da lei *Royer* legitimidade ativa às associações de consumidores em caso de lesão direta ao interesse coletivo deste segmento. Outras medidas foram adotadas naquele país, com vista a finalidades semelhantes, tal qual a proteção das minorias raciais e a lei de 10 de julho de 1976, que consagrou disposições análogas em matéria de meio ambiente.

Uma segunda etapa necessária de reforma consiste na conveniência de se considerar a questão para além do mero reconhecimento dos grupos existentes⁽²⁸⁾. Ou seja, não basta reconhecer o papel essencial dos grupos privados no sentido de suplementarem as ações das agências governamentais: é necessário, ademais, focalizar a problemática de *organizar* e *fortalecer* os grupos privados que se destinam à defesa de interesses difusos. Isto, necessariamente, requer muitos gastos financeiros e esforços, quando se trata de criar uma organização de porte suficiente e especialização adequada para representar um interesse difuso.

Outro modelo que foi projetado, no mesmo sentido, consiste na assessoria pública, a qual se situa entre a solução governamental e a fórmula privada de advogados do interesse público. Para tal efeito, utilizam-se recursos públicos, mas confia-se na energia, interesse e fiscalização dos grupos particulares. A grande virtude das instituições que surgiram com esse fim reside na criação de grupos permanentes, capazes de exercer pressão e, com isso, reivindicarem os seus próprios direitos mediante o recurso a procedimentos administrativos e judiciais.

²⁷ CAPPELLETTI e GARTH 1988, p. 56-57.

²⁸ CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p. 59.

Da conjugação de todos esses modelos, chegou-se a uma conclusão. Para atingir a operacionalidade prática dessa modalidade de reforma, torna-se imprescindível a criação de um eficiente regime jurídico, que consagre ações coletivas e ações de interesse público.

Em síntese, o estudo da segunda onda do acesso à justiça demonstra que, desde as décadas de 60 e 70, os litígios, malgrado ainda se caracterizarem pela sua concepção individualista, passaram a ser encarados, também, sob o ponto de vista da tutela da “coisa” pública, daquilo que não “pertence” a ninguém e ao mesmo tempo “pertence” a todos.

É através deste enfoque que deve ser encarada a abordagem das ações coletivas que representaram um considerável progresso no acesso de todos os cidadãos aos tribunais para resguardarem os interesses difusos e públicos, com especial relevo no que se refere ao direito ao meio ambiente e ao direito dos consumidores.

A introdução do modelo do Estado Social e a crise do processo civil clássico

Sendo certo que o Direito constitui uma ciência sujeita a todas as transformações que se operam no plano político, econômico e social, há que se ter em vista que o surgimento do modelo econômico do Estado Social (*Welfare State*), em contraposição ao Estado Liberal, cujo fundamento célebre reside na filosofia da “mão invisível” de ADAM SMITH⁽²⁹⁾ e nas leis de mercado, acarretou uma série de consequências para o Direito, o

²⁹ Os paradigmas da *mão invisível* e do *estado mínimo*, idealizados por ADAM SMITH, pressupunham que o máximo de utilidade social só é passível de ser atingido quando a vida econômica transcorre naturalmente, e cada um pode prosseguir o seu próprio interesse. Em assim sendo, a atividade do Estado dever-se-ia restringir ao máximo, limitando-se a aspectos básicos da sociedade. Dizia SMITH: “O soberano – escreve ele – fica totalmente liberto (...) do dever de superintender o trabalho das pessoas privadas e de o dirigir para as actividades mais necessárias à sociedade. Segundo o sistema da liberdade natural, o soberano tem apenas três deveres a cumprir. Três deveres de grande importância, na verdade, mas simples e perceptíveis para o senso comum: em primeiro lugar, o dever de proteger a sociedade da violência e das invasões de outras sociedades independentes; em segundo lugar, o dever de proteger, tanto quanto possível, todos os membros da injustiça ou da opressão de qualquer outro membro, ou o dever de estabelecer uma administração da justiça; e, em terceiro lugar, o dever de criar e preservar certos espaços públicos e certas instituições públicas que nunca poderão ser criadas e preservadas no interesse de um indivíduo ou de um pequeno número de indivíduos, já que o lucro jamais reembolsaria a despesa de qualquer indivíduo ou pequeno número de indivíduos, embora possa, muitas vezes, fazer mais do que reembolsar esse lucro a uma grande sociedade”. SMITH, A., *Riqueza das Nações*, II, p. 284-285, *apud*, NUNES, 2006, p. 44-46.

qual adquiriu, em diversos ramos, uma feição mais social e condizente com a nova realidade⁽³⁰⁾.

Nesta perspectiva, diversas alterações legislativas atribuíram prerrogativas às partes economicamente mais fracas da relação jurídica. É o que sucede, a título de exemplo, com os trabalhadores, consumidores, titulares de bens ambientais, entre outros, dando ensejo à emergência de um sentimento generalizado de “*expectativa geral de justiça*”⁽³¹⁾.

Ao Estado, portanto, antes descomprometido com a dinâmica social que predominava no Século XIX, passa-se a exigir um olhar mais atento e um papel mais ativo na promoção de direitos, antes tidos como secundários, de modo a atender aos anseios de uma sociedade cada vez mais massificada, e cujas necessidades sofreram profundas transformações⁽³²⁾.

Nesta dimensão, colocam-se enormes desafios no campo do acesso coletivo à justiça, uma vez que a consagração de novas modalidades de direitos por parte deste Estado Providência implica necessariamente a implantação de mecanismos jurídico-processuais que permitam, na prática, assegurá-los.

Disto nos dá conta ANTÔNIO HERMAN BENJAMIN, ao questionar o fato de que, a despeito de o Estado Social ter logrado atingir notáveis avanços no terreno da positivação dos direitos supraindividuais, pouco fez para introduzir medidas que reforçassem o acesso

³⁰ Tal afirmativa é sufragada por CHRISTIANINE CHAVES DOS SANTOS: “Essa transformação ocorrida na sociedade política e em suas relações com a sociedade civil, como não poderia deixar de ser, repercutiu profundamente no cenário jurídico, com o surgimento de direitos até então desconhecidos, nascidos a partir desse universo de conflitos totalmente novo, e com a mutação nos contornos de direitos já tradicionais”. SANTOS, 2006, p. 41.

³¹ A expressão é de LAWRENCE M. FRIEDMAN. Confira-se: FRIEDMAN, L. apud BENJAMIN, 1996, p. 286.

³² ANTHONY GIDDENS sintetiza esta idéia com propriedade: “O Estado tem a obrigação de fornecer bens públicos que os mercados não podem suprir, ou só o podem fazer de maneira fragmentada. Uma forte presença do governo na economia, e também em outros setores da sociedade, é normal e desejável, uma vez que, numa sociedade democrática, o poder público representa a vontade coletiva. A tomada de decisão coletiva, envolvendo governo, empresariado e sindicatos, substitui em parte os mecanismos de mercado”. GIDDENS, 2003, p. 19. Tal ruptura de paradigma é, também, por um outro ângulo, referida por NORBERTO BOBBIO: “(...) passou-se da prioridade dos deveres dos súditos à prioridade dos direitos do cidadão, emergindo um modo diferente de encarar a relação política, não mais predominantemente do ângulo do soberano, e sim daquele cidadão, em correspondência com a afirmação da teoria individualista da sociedade em contraposição à concepção organicista tradicional”. BOBBIO, 2004, p. 22-23.

coletivo à justiça com vista à implementação desses direitos, o que, segundo ele, representa uma indesejável reminiscência do individualismo que pautou a lógica do *laissez-faire* ⁽³³⁾.

Através deste debate, a efetivação do acesso coletivo à justiça exige a reavaliação do processo civil clássico, de tal maneira que os seus princípios tradicionais sejam adaptados ao novo cenário. Em face disto, com o intuito de fazer frente a este novo paradigma, o autor sugere uma reformulação, essencialmente, de cinco princípios relativos ao processo civil clássico: (i) o princípio do dispositivo que atribui a sorte à vontade dos litigantes; (ii) o princípio da demanda, segundo o qual a invocação da tutela jurisdicional possui cunho individual, sendo vedada, salvo em casos excepcionais, a atuação *ex officio* do magistrado; (iii) o princípio da isonomia, de acordo com o qual às partes deve ser dispensado igual tratamento perante o juiz; (iv) a regra do *nul ne plaide par procureur*, ou seja, a ninguém é lícito demandar, em nome próprio, direito alheio, à exceção dos casos de legitimação anômala ⁽³⁴⁾; (v) o princípio da autoridade limitada da coisa julgada, que determina serem os efeitos da decisão judicial, em regra, insuscetíveis de afetarem as posições jurídicas de terceiros estranhos ao processo. Estes últimos princípios aparecem indissociavelmente conectados, uma vez que somente se sujeitará aos efeitos de uma sentença aquele que for parte legítima para propor ou contestar uma ação judicial ⁽³⁵⁾.

Segundo ANTÔNIO HERMAN BENJAMIN, tal como concebidos na sua formulação original, esses princípios não se ajustam à realidade atual, no que concerne “à sociedade pós-industrial, caracterizada pela tecnologia, produção, comercialização, crédito, comunicação e conflituosidade massificados. São princípios que trazem uma marcante concepção individualista, própria da sociedade interpessoal do século XIX, o que os leva,

³³ São categóricas, neste aspecto, as palavras do autor: “Não deixa, pois, de ser irônico que, embora o Estado Social não pare de se expandir, atingindo domínios da supra-individualidade antes inimagináveis como os seus (é o caso do ambiente e do consumidor), a questão do acesso coletivo à justiça – e o tema da própria efetividade do Direito e da implementação – permanecia, até há pouco tempo, como galho velho em árvore podada, o mais representativo bastião da concepção individualista ultrapassada do *laissez-faire*”. BENJAMIN, 1996, p. 286-287.

³⁴ Desta concepção tradicional advém o enunciado do Código de Processo Civil Brasileiro: “Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”.

³⁵ Segundo ARRUDA ALVIM, “a legitimação para a causa (*legitimatío ad causam*) constitui-se na própria titularidade subjetiva (ativa) do direito de ação, no sentido de dever ser movida a ação por aquele a quem a lei outorgue tal poder, figurando como réu aquele a quem a mesma lei submeta aos efeitos da sentença proferida no processo (legitimação passiva para a causa)”. ALVIM, 2005, p. 30-31.

caso sobrevivam, a sacrificar os próprios fins do processo, que são a realização de uma tutela jurisdicional justa e eficaz”⁽³⁶⁾.

Não obstante, cumpre referir que, se a transição do Estado Liberal ao Estado Social representou a consagração de vários direitos antes sequer mencionados, a transição do Estado Social ao atual Estado Regulador foi ainda mais além. Como salienta PEDRO GONÇALVES, ao lado de uma ativa atuação positiva do Estado, passou-se a exigir uma intensa participação dos indivíduos na realização do interesse público, uma vez que, na sua qualidade de *cidadãos socialmente responsáveis e comprometidos*⁽³⁷⁾, intervêm em assuntos que envolvem o bem comum, entre eles o meio ambiente.

De fato, é sob este contexto que avultam em importância as ações coletivas, que, enquanto expressão máxima do princípio da participação, constituem instrumento judicial de suma importância em poder dos cidadãos, para fiscalizarem e prevenirem as irregularidades que se praticam contra direitos da coletividade.

O delineamento conceitual dos interesses difusos

Após um transcurso pela delimitação do significado contido na expressão “acesso à justiça”, pelas inovações por parte do Estado Social na área do processo civil e uma breve análise a respeito das três ondas do acesso à justiça, cumpre-nos delinear o conceito de *interesses difusos*, para permitir uma compreensão mais aprimorada acerca da segunda onda do acesso à justiça.

A fim de cumprirmos este objetivo, utilizar-nos-emos da distinção entre os interesses difusos e outras categorias de interesses, como os interesses individuais, os interesses públicos, os interesses coletivos e os interesses individuais homogêneos.

³⁶ BENJAMIN, 1996, p. 284.

³⁷ Convém transcrever as palavras do autor: “No novo cenário do Estado *activador*, o particular não é o mero súbdito do Estado-polícia, não é o *cidadão socialmente descomprometido* do Estado liberal e também já não é o simples *utente* dos serviços do Estado social; pelo contrário, ele assume ou é convocado a assumir um novo papel de *actor* que partilha com o Estado a missão de realizar o interesse público. Está aqui suposto, sim, o particular no seu estatuto de cidadão comprometido, empenhado e socialmente responsável (o ‘citoyen’ e não o ‘bourgeois’) que procura e aceita contribuir para o bem comum”. GONÇALVES, 2005, p. 150-151.

1. O interesse público

Como relata LUÍS FELIPE COLAÇO ANTUNES, vive-se atualmente uma crise do conceito tradicional de interesse público, seja em razão do critério positivista (subjetivo), que o identifica com o interesse do Estado, seja em decorrência de um critério objetivo, que o associa à realização da convivência harmoniosa dos cidadãos, já que tal conceito tem variado segundo as circunstâncias históricas ⁽³⁸⁾.

Segundo o autor, embora não se lhes negue a importância, a lei e a jurisprudência são parâmetros insuficientes para aferir, na prática, os interesses concretos e “a sua determinação deve resultar da combinação de influências diversas, quer derivem de experiências passadas ou da decisão que cada ente jurídico realiza, em cada momento preciso, no exercício das funções públicas da sua competência” ⁽³⁹⁾.

Ao encontro desta posição, ANTÔNIO HERMAN BENJAMIN defende que “A crise, no seu reino, é da estabilidade e exactidão conceituais; com a convulsão teórica vem, por óbvio, o questionar do conteúdo e utilidade efectiva do termo. Parte da responsabilidade por esse cataclismo pode ser atribuída ao facto de que, como é sabido, tanto a teoria jus-privatista como a jus-publicista dividiam os interesses em individuais, numa ponta, e público, no outro extremo; essa bifurcação estanque está hoje absolutamente afastada da realidade” ⁽⁴⁰⁾. E, prosseguindo com o discurso do autor, este entende que não se pode mais falar, atualmente, na existência de um interesse público, mas de *múltiplos interesses públicos*, sendo características inerentes a este conceito a *heterogeneidade* e a *multiplicidade*, e não a *unicidade* ⁽⁴¹⁾.

³⁸ São inequívocas, a este respeito, as palavras do autor: “De um ponto de vista técnico-jurídico deve concluir-se pela impossibilidade de definir um conceito de interesse público material, com validade prática geral, que não seja, no essencial, um conceito mistificante. Um critério positivista (subjetivo), que identifique o interesse público com o interesse do Estado, parece hoje em causa. Um critério objectivo, segundo o qual é interesse público o que serve a realização da convivência harmoniosa dos cidadãos, também nos parece pouco defensável, pois o seu conteúdo tem variado com as circunstâncias históricas”. ANTUNES, 1984, p. 205.

³⁹ ANTUNES, 1984, p. 205

⁴⁰ BENJAMIN, 1996, p. 294.

⁴¹ BENJAMIN, 1996, p. 294.

Ao contrário do que muitos autores sustentam, BENJAMIN entende que não deve ser abandonado o conceito de interesse público, enquanto categoria jurídica com um papel e consequências relevantes, mas antes reformado e repensado. Partindo do pressuposto de que a definição do interesse público “limita-se àqueles sectores de interesses e valores onde há uma inegável manifestação social homogênea a exigir o seu reconhecimento e tutela”, afirma que a existência de uma *unanimidade social* (ou consenso coletivo) constitui a principal nota característica desta modalidade de interesse. Por outras palavras, tal interesse não pode jamais ser mitigado ou mesmo ponderado frente a outro interesse ⁽⁴²⁾.

Sob esta perspectiva, o autor afirma que é no âmbito das políticas públicas que se materializa “o campo ideal de conformação, manifestação e implementação do interesse público”, sendo, na realidade, toda a atividade legislativa, administrativa e judicial orientada no sentido de satisfazer o interesse público, ou, melhor dizendo, os interesses públicos, caso se admita a concepção plural do referido conceito. Portanto, consoante o pensamento esposado por BENJAMIN, a satisfação do interesse público deve ser encarregada aos órgãos do Estado, aos quais caberia zelar pelo seu cumprimento, o que não abriria, em tese, um campo de atuação aos diversos segmentos da sociedade civil para a sua realização.

2. Os interesses difusos

Os interesses difusos ⁽⁴³⁾ constituem uma categoria extremamente híbrida. Apesar de serem poucos os autores que sobre eles se debruçam, resta inabalável a importância de se

⁴² O autor aduz que “É na unanimidade social, pois, que dá ao interesse público uma das suas mais marcantes características: a sua rejeição à ideia de *contra-princípios* ou *contra-interesses*, tão comuns no campo dos outros interesses tipicamente supra-individuais (difusos e colectivos *stricto sensu*). Não obstante poder concretizar-se em interesses individuais ocasionalmente contrariados, o facto é que o interesse público não encontra rivais, em termos de supra-individualidade, seja porque o tema realmente une a colectividade, seja porque decorre de mandamento constitucional uníssono, seja tão-só porque aqueles que poderiam fazer-lhe oposição não têm liberdade (...) ou disposição para ‘externalizar’ os seus pontos de vista ou, mais próximo do nosso tema, para defendê-los em juízo”. BENJAMIN, 1996, p. 295-296.

⁴³ Convém mencionar, desde logo, que a Doutrina nem sempre tem se revelado uníssona quanto ao uso da expressão *interesses* difusos, pois há quem prefira falar em *direitos* difusos. No Brasil, embora RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO admita que a legislação tenha utilizado indistintamente as duas palavras, assim se pronuncia sobre a questão: “Sem embargo, constata-se que tem prevalecido o uso da expressão *interesses*, nos textos que tratam de temas concernentes a contingentes mais ou menos vastos de indivíduos, porque a expressão *direito* evoca uma posição adrede juspositivada, atributiva de certa situação de vantagem a um titular definido, ao passo que os *interesses* tuteláveis na jurisdição coletiva podem estar adrede previstos expressamente no ordenamento, bastando que se mostrem *compatíveis* com ele, sejam socialmente relevantes

elaborar uma sistematização dos interesses difusos, não só do ponto de vista teórico, mas também sob um prisma essencialmente prático.

Como ensina ADA PELLEGRINI GRINOVER, os interesses difusos são aqueles que não encontram apoio numa relação-base bem definida, reconduzindo-se, na realidade, o vínculo entre as pessoas a fatores conjunturais ou genéricos, a circunstâncias muitas vezes acidentais, tais como as que decorrem de habitar a mesma região, consumir o mesmo produto, viver em determinadas condições sócio-econômicas e etc ⁽⁴⁴⁾.

Na feliz exposição do tema por JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, “há, por assim dizer, uma *comunhão indivisível* de que participam todos os possíveis interessados, sem que se possa discernir, sequer idealmente, onde acaba a ‘quota’ de um e onde começa a do outro. Por isso mesmo, instaura-se entre os destinos dos interessados tão firme união, que a satisfação de um só implica de modo necessário a satisfação de todos; e, reciprocamente, a lesão de um só constitui, *ipso facto*, lesão de inteira coletividade” ⁽⁴⁵⁾.

A partir desta conceituação, convém destacar duas características concernentes aos interesses difusos ⁽⁴⁶⁾. Em primeiro lugar, relativamente à sua titularidade, tais interesses pertencem a uma série indeterminada de sujeitos, e, portanto, de difícil identificação ⁽⁴⁷⁾, o que coloca em xeque toda a noção tradicional do direito subjetivo cujas sementes foram lançadas pelo sistema clássico burguês, e que condiciona o acionamento do Poder Judiciário a uma lesão individual, pessoal e direta. Em segundo lugar, no que diz respeito ao seu objeto, trata-se de um bem coletivo e, com efeito, insuscetível de divisão, uma vez que a satisfação de um interesse implicará necessariamente a satisfação de todos, assim como a lesão de um terá por consequência a lesão de toda a coletividade.

GRINOVER salienta, ademais, a proeminência de um estreito vínculo entre a consagração dos interesses difusos e o princípio da participação, a partir do qual se criam os instrumentos jurídicos necessários à racionalização do poder político, de tal sorte que se

e venham portados por adequado representante, por aí se explicando a cláusula que abre para ‘outros interesses coletivos e difusos’, constante da parte final do art. 129, III, da CF”. MANCUSO, 2005, p. 108.

⁴⁴ GRINOVER, 1984, p. 3.

⁴⁵ MOREIRA, 1984, p. 195.

⁴⁶ Neste sentido, GRINOVER, 1984, p. 3.

⁴⁷ MONTÓN GARCÍA, 2004, p. 12.

consolidem novas formas de democracia que se revelem mais adequadas aos progressos e aos riscos da revolução técnico-científica ⁽⁴⁸⁾.

Isto, de fato, tem origem no surgimento de novos *corpos intermediários*, antes inimagináveis sob o domínio do liberalismo burguês que predominou após a Revolução Francesa. Segundo a autora, “novos grupos, novas categorias, novas classes de indivíduo, conscientes da sua comunhão de interesses, de suas necessidades e de sua fraqueza individual, unem-se contra as tiranias da nossa época, que não é mais exclusivamente a tirania dos governantes: a opressão das maiorias, os interesses dos grandes grupos econômicos, a indiferença dos poluidores, a inércia, a incompetência ou a corrupção dos burocratas” ⁽⁴⁹⁾.

Se a emergência destes *corpos intermediários* institui alguns desafios no campo substantivo, dando azo ao surgimento de novos direitos, com igual razão despertam inúmeras questões no âmbito do direito processual para que estes novos direitos sejam dotados de eficácia prática. Daí concordarmos com GRINOVER, quando afirma que a tutela dos interesses difusos repercute com maior força na seara do direito processual, na medida em que os direitos difusos causam várias modificações nas estruturas básicas do processo.

É, pois, no plano político que se impõem alterações ao conceito de processo, uma vez que este deixa de se configurar um mero instrumento de resolução de conflitos individuais para se converter num meio de solução de controvérsias metaindividuais, às quais se atribui um caráter político particularmente intenso. De forma concomitante, as noções de ação e de jurisdição também se sujeitam a mudanças significativas. O conceito de ação passa a ser entendido numa acepção mais ampla, como meio de participação política, proporcionando uma abertura do ordenamento jurídico, em contraposição à estrutura fechada tipicamente presente nas situações substantivas tradicionais. Fenômeno semelhante ocorre com a jurisdição, cuja finalidade, antes pautada pela mera atuação do

⁴⁸ São categóricas, neste aspecto, as palavras de LUÍS FILIPE COLAÇO ANTUNES: “A tutela dos interesses difusos ao colocar um assento no cidadão e na sua individualidade associativa (enquanto membro de uma comunidade) vem contribuir para ampliação da esfera pública, o espaço público das liberdades individuais e dos direitos colectivos. Hoje, os problemas colocam-se não só em torno da fruição dos bens econômicos, mas também dos que dizem respeito à ‘gramática da vida’, como diz Habermas (qualidade de vida, ambiente, direito à informação, acesso ao direito, etc.)”. ANTUNES, 1994, p. 94.

⁴⁹ GRINOVER, 1984, p. 7.

direito objetivo, se desloca para a promoção de uma nova consciência, voltada para o coletivo e o social.

Por outro lado, os interesses difusos consubstanciam uma manifestação da crise na separação entre direito público e direito privado, conforme noticiou MAURO CAPPELLETTI nos seus primeiros estudos sobre a matéria, em razão da complexidade que as sociedades adquiriram⁽⁵⁰⁾. Indagava o autor: se os direitos privados são aqueles que “pertencem” aos indivíduos na sua dimensão subjetiva e os direitos públicos “pertencem” à generalidade do público, ao povo, representados pelo Estado ou pela “*Res publica*”, onde se insere a categoria dos interesses difusos?

O próprio MAURO CAPPELLETTI proclamou, em frase célebre, que se trata de interesses *a procura de um autor*⁽⁵¹⁾, tendo em vista que eles não “pertencem” a nenhum indivíduo em particular, ou, no máximo, cada indivíduo detém uma parcela insignificante destes interesses. E é com base nisto que o professor italiano questiona, para fundamentar a sua tese, a quem se deve, por exemplo, conferir a propriedade do ar que todos respiram⁽⁵²⁾.

No âmbito da Doutrina portuguesa, as posições não se distanciam muito da ora apresentada. Merece destaque, neste aspecto, o posicionamento de NUNO SÉRGIO MARQUES ANTUNES ao enfrentar a problemática dos interesses difusos: “Se se reconduzirem a interesses públicos, a sua defesa só pode caber a entes públicos; se se ‘privatizarem’ esses interesses, reconduzindo-os às figuras do interesse legítimo e do direito subjetivo, a sua tutela jurisdicional reduz-se à perspectiva tradicional do interesse pessoal e directo”⁽⁵³⁾.

Por sua vez, MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA entende que os interesses difusos se diferenciam dos interesses públicos, vez que a sua titularidade não pertence a nenhuma entidade ou órgão público, e tampouco se confundem com os interesses coletivos, por não

⁵⁰ CAPPELLETTI leciona que “The Classic Roman *summa division* between ‘public’ and ‘private’ has become, as incisively stated by a British observer, a ‘mighty cleavage’ with no connecting bridges – or intermediaries – between the two aspects of the dichotomy: between the individual and the state. Today’s reality, however, is much more complex and pluralistic than the abstract dichotomy: between the individual and the state there are numerous groups, communities, and collectivities which forcefully claim the enjoyment and judicial protection of certain rights which are classifiable neither as ‘public’ nor ‘private’ in the traditional sense”. CAPPELLETTI, 1979, p. 521.

⁵¹ CAPPELLETTI, 1979, p. 520.

⁵² CAPPELLETTI, 1979, p. 521.

⁵³ ANTUNES, 1997, p. 41.

pertencerem a uma comunidade ou a um grupo, mas a cada um dos seus membros; e, por fim, não se confundem com os interesses individuais ⁽⁵⁴⁾, uma vez que os bens jurídicos aos quais se referem são insuscetíveis de serem individualmente apropriados.

Em suma, portanto, é claro o entendimento dos autores, no sentido de que os interesses difusos não se enquadram na tradicional dicotomia entre interesses públicos e interesses privados ⁽⁵⁵⁾.

3. Os interesses coletivos *stricto sensu*

Estes interesses prendem-se à idéia de grupos sociais organizados e formalmente estruturados, como as associações, as cooperativas, os sindicatos. De maneira distinta dos interesses difusos, os interesses coletivos se organizam de tal forma que todos os sujeitos envolvidos encontram-se vinculados a uma relação jurídica-base. Nas palavras de ANTÔNIO HERMAN BENJAMIN, “O vínculo organizado ou o feixe de vínculos com a parte contrária (a relação jurídica-base) alteram mais do que a exteriorização dos interesses em questão: a sua estrutura interna, a feição elementar dos interesses, também é modificada, pois o poder-de-fogo dos sujeitos agregados transforma-se e fortalece-se. Da agregação meramente fática ou temática (difusidade) chega-se à aglutinação ‘jurígena’, fundada numa relação jurídica-base” ⁽⁵⁶⁾.

Portanto, ao passo que os interesses coletivos têm como pressuposto uma organização que demonstra a união entre os membros de uma coletividade, os interesses difusos não admitem uma dimensão unitária, ficam “atomizados” ⁽⁵⁷⁾.

⁵⁴ Embora concorde com esta tese, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO afirma que na ação popular, destinada à tutela dos interesses difusos, «ao fim altruísta, sempre indispensável, se poderia agregar um fim egoísta», o que demonstra, segundo este autor, a presença de um componente individual nos interesses difusos. ASCENSÃO, 2001, p. 68.

⁵⁵ SOUSA, 1994, p. 412. No mesmo sentido, veja-se: ANTUNES, 1984, p. 201.

⁵⁶ BENJAMIN, 1996, p. 299. Cumpre transcrever, aqui, a definição do Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.090/90), de acordo com o qual constituem interesses coletivos, em sentido *stricto*, “os transindividuais de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”.

⁵⁷ SOUSA, 2003, p. 47.

De acordo com MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, quando se trata de interesses coletivos, cada um dos seus titulares é titular de um bem privado exclusivo, sendo necessário que todos eles estejam unidos por um elemento comum, a exemplo da qualidade de profissional de um mesmo ramo de atividade ou de usuário de um mesmo serviço público ⁽⁵⁸⁾.

E acrescenta, ainda, o indigitado autor, que o mais importante critério que distingue os interesses coletivos *stricto sensu* dos interesses difusos é sua nota de divisibilidade, na medida em que se revela plenamente possível distinguir a parcela que cabe a cada um dos seus titulares ⁽⁵⁹⁾.

Nítidas se revelam, portanto, as diferenças entre os interesses coletivos *stricto sensu* e os interesses difusos.

4. Os interesses individuais homogêneos

Partindo da distinção proposta por JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA entre interesses *essencialmente* coletivos, perante os quais se admite um resultado uniforme para todos os interessados – daí falar-se na sua característica de *unitariedade* – e os interesses acidentalmente coletivos ⁽⁶⁰⁾, nos quais é plausível a possibilidade de resultados antagônicos entre os diversos integrantes, impõe-se afirmar que os interesses individuais homogêneos integram esta última categoria.

Destarte, trata-se de interesses em que predomina a existência de relações jurídicas distintas, porém análogas, das quais advém uma relação base de que todos participam. São exemplos disto os acionistas das sociedades anônimas considerados nas suas relações com a própria sociedade.

MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, ao seu turno, salienta que “enquanto os interesses difusos *stricto sensu* e os interesses coletivos correspondem à dimensão supra-individual

⁵⁸ SOUSA, 2003, p. 50.

⁵⁹ Como afirma TEIXEIRA DE SOUSA, “O que é relevante para os distinguir é o respectivo objecto: enquanto os interesses difusos *stricto sensu* incidem sobre bens indivisíveis e, por isso, não podem ser divididos por cada um dos seus titulares, os interesses colectivos integram uma pluralidade de interesses individuais sobre bens exclusivos, sendo, por isso, repartidos por cada um dos seus titulares”. SOUSA, 2003, p. 51.

⁶⁰ MOREIRA, 1984, p. 196-197.

dos interesses difusos *lato sensu*, os interesses individuais homogêneos são a refração daqueles mesmos interesses na esfera de cada um dos seus interesses. É, aliás, desta circunstância que resulta a homogeneidade destes interesses: eles são homogêneos no seu conteúdo, porque os seus titulares o são simultaneamente de um mesmo interesse difuso *stricto sensu* ou de um mesmo interesse coletivo”⁽⁶¹⁾.

Para justificar a sua definição, o autor exemplifica da seguinte forma: ao passo que o interesse na qualidade de vida ou na preservação do patrimônio cultural consubstancia um interesse difuso *stricto sensu*, o interesse de cada um dos habitantes de uma região na respectiva qualidade ou proteção é um interesse individual homogêneo⁽⁶²⁾.

Outro exemplo pertinente é mencionado por TEIXEIRA DE SOUSA, quando distingue os interesses subjetivos dos interesses individuais homogêneos, uma vez que possibilita uma compreensão ainda mais esclarecedora acerca destes últimos. Pense-se numa catástrofe ambiental cuja causa tenha sido a poluição do ar devido aos produtos tóxicos. O interesse de cada um dos lesados em serem ressarcidos em virtude dos danos que sofreram na sua saúde, se considerados de forma isolada e independente de todos os outros, revela-se como um direito subjetivo; por outro lado, o interesse de cada uma das vítimas analisado sob uma perspectiva conjunta, isto é, com o idêntico interesse de todos os demais ofendidos, constitui um interesse individual homogêneo⁽⁶³⁾.

Diante do ora exposto, emerge inabalável, da mesma forma, a distinção entre os interesses individuais homogêneos e os interesses difusos, ou interesses difusos *stricto sensu*, como prefere TEIXEIRA DE SOUSA.

Os obstáculos ao acesso à justiça em matéria de interesses difusos

Conforme já se disse, a problemática do acesso à justiça ocupa posição de destaque quando se trata da tutela de interesses difusos. Não são poucos os autores que se esbatem

⁶¹ SOUSA, 2003, p. 53.

⁶² *Idem*.

⁶³ SOUSA, 2003, p. 57.

no reconhecimento dos principais obstáculos que dificultam o acesso à justiça para fins de proteção destes interesses. Antes de entrar propriamente no mérito destes obstáculos, cumpre apenas tecer algumas considerações acerca de alguns pontos relativos à compreensão do problema e de outros que dizem respeito a determinadas características da litigiosidade no que tange aos interesses difusos.

Com efeito, quando se fala, por exemplo, em estabelecer uma disciplina jurídica para a solução dos conflitos nesta seara, suscitam-se determinadas medidas que sejam aptas à densificação da garantia de acesso à justiça. São elas: (i) a definição, no espectro do direito processual e do direito material, de uma disciplina jurídica que seja eficiente na prevenção dos danos de caráter difuso; (ii) a atenuação das barreiras objetivas e subjetivas que obstruem o acesso à justiça; (iii) a ampliação das regras de legitimação ativa, de tal sorte que aumente o número de pessoas que podem acionar o Poder Judiciário, assegurando-se, assim, um *acesso coletivo à justiça*.

Para se alcançarem tais objetivos, no entanto, é necessário empreender uma série de esforços para minimizar as dificuldades, por vezes irremediáveis, que surgem à medida que as sociedades se desenvolvem. O paradigma contemporâneo desenvolvimento *versus* preservação ambiental é um dos que, hoje, melhor proporciona um entendimento da modalidade de litígios que se instauram nesta matéria, assim sintetizado por ANTÔNIO HERMAN BENJAMIN: “Em regra, num raciocínio extremamente superficial ou simplista, há um interesse preponderante do agente económico no lucro da sua actividade e um outro, em oposição, de que é titular a sociedade como um todo, na qualidade de produtos e serviços, na boa-fé e transparência das relações de consumo, no resguardo do ambiente, na sustentabilidade do desenvolvimento (e também do consumo)”⁽⁶⁴⁾.

Ao se realçar a compreensão deste paradigma não se pretende evocar a desnecessidade do desenvolvimento, bem assim como do crescimento económico, os quais são de inquestionável importância para a geração de empregos e tributos ao erário público. Muito pelo contrário. Na realidade, somente quer-se compatibilizá-los com a preservação dos recursos naturais e com a defesa dos direitos dos consumidores.

⁶⁴ BENJAMIN, 1996, p. 307.

Isto, como é óbvio, passou a exigir do Estado uma postura mais ativa no sentido da implementação de políticas públicas para garantir o acesso à Justiça de todos os cidadãos, numa perspectiva não mais individual, mas sim *socialmente conflituosa* ⁽⁶⁵⁾, como é própria dos interesses difusos. Isto porque, embora o sistema jurídico tradicional que predominou sob a égide do *laissez faire* reconhecesse o acesso à Justiça como um direito, nada fez para impor ao Estado uma atitude afirmativa (*affirmative action*) com o intuito de assegurá-lo na prática, entregando à sorte os indivíduos que sofressem violações aos seus direitos.

É, portanto, no âmbito deste quadro teórico que se deve enxergar toda a problemática que vê no acesso à justiça um fator determinante para compreender o Direito enquanto um elemento não só de segurança jurídica e pacificação das relações sociais, mas também de transformação social.

Apontemos, assim, as maiores barreiras que se vislumbram ao acesso à justiça em matéria de interesses difusos ⁽⁶⁶⁾. Por um lado, há as barreiras objetivas, que se relacionam com os custos inerentes ao processo; o valor porventura ínfimo do dano ambiental e consumerista que não compensa o recurso às medidas judiciais cabíveis ⁽⁶⁷⁾; a distância entre o órgão competente para julgar a demanda ambiental e a residência do litigante; a sua disponibilidade de tempo; a lentidão da justiça. São os chamados riscos do processo.

Por outro lado, existem as barreiras subjetivas, que têm por base os óbices de caráter psicológico, ínsitos à posição de inferioridade do sujeito a que se destina a tutela, em face do sujeito que viola o interesse difuso, o qual corresponde, não raro, a um agente econômico de grande poder aquisitivo; o desconhecimento da lei e dos direitos que lhe são conferidos; e, por fim, as peculiaridades da linguagem processual forense, por vezes

⁶⁵ ANTÔNIO HERMAN BENJAMIN, que também utiliza a expressão *macro-conflituosidade*. BENJAMIN, 1996, p. 308.

⁶⁶ BENJAMIN, 1996, p. 310 e seguintes.

⁶⁷ PABLO GUTIÉRREZ DE CABIEDES e HIDALGO DE CAVIEDES assinalam que “Es característico de las situaciones jurídicas de alcance supraindividual (intereses supraindividuales y derechos individuales plurales) el hecho de que el perjuicio sufrido – desde una óptica estrictamente individual – por los particulares suelen ser daños de pequeña cuantía, por lo que se produce una desproporción entre los gastos que genera el proceso y la cantidad que en él se podría reclamar, entre el costo y el monto del proceso, de modo que la *exigüidad* de los que puede obtenerse no compense el coste y las dificultades que suponen el recurso a la jurisdicción y motiven su inhibición o pasividad. Han acuñado los estudiosos anglosajones la expresión *small courts* (pequeñas reclamaciones) para describir la situación en la que los valores en juego son de escasa envergadura, y son, por ello superados por el costo del proceso”. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, e DE CAVIEDES, 1999, p. 122-123.

incompreensível ao cidadão médio, e o tratamento formal que predomina nos espaços dedicados à prestação jurisdicional.

Quanto às barreiras objetivas, revela-se imprescindível, sobretudo, que se elimine – ou ao menos se atenuem – o alto custo dos serviços judiciários, haja vista que são poucos aqueles que dispõem de condições financeiras para arcar com o custo dos litígios que se instauram perante o Poder Judiciário. Isto conduz a uma indesejável *elitização* daqueles que recorrem àquele poder para satisfazerem o seu direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, ou, ainda, aos pretendem defender um direito na condição de consumidores.

Segundo PABLO GUTIERREZ DE CABIEDES e HIDALGO DE CAVIEDES, tal quadro decorre de uma situação geral de desequilíbrio entre as potenciais partes, ou seja, de uma desigualdade de posições no plano fático, econômico, organizatório, cultural e jurídico ⁽⁶⁸⁾.

Ademais, ANTÔNIO HERMAN BENJAMIN salienta que, enquanto o titular de direitos ambientais e consumeristas muitas vezes desconhece as particularidades do sistema judicial, aquele que os viola é geralmente um *repeat player* das salas dos tribunais, além de, não raro, tratar-se de uma pessoa coletiva, com recursos financeiros muito superiores ao que teve o seu direito violado ⁽⁶⁹⁾.

No que concerne às barreiras subjetivas, as mesmas demandam um maior cuidado, dado que são mais imperceptíveis. Além do fator ignorância, traduzido pelo total desconhecimento das leis, há pouco referido, são igualmente barreiras de cunho pessoal a desconfiança que os titulares de direitos ambientais possuem em relação aos operadores jurídicos e ao sistema judicial, de um modo geral; o temor de transparecer as suas fragilidades e a sua ignorância em face de profissionais que se inserem em um ambiente por eles considerado como hostil; um sentimento de inferioridade que decorre da incapacidade de solucionar os seus próprios problemas sem contar com a ajuda de terceiros; a inaptidão

⁶⁸ GUTIÉRREZ DE CABIEDES e DE CAVIEDES, Hidalgo, 1999, p. 125.

⁶⁹ Complementamos com as seguintes palavras do autor: “Tal acontece porque, ao passo que a relação ambiental e de consumo (com os seus conflitos correlatos), pela óptica do agente econômico, é uma *relação de massa, normal e inerente* ao processo produtivo (risco do negócio), na visão estreita e patrimonial do consumidor e do titular de direitos ambientais ela é *única, individual e excepcional*, entendida qualquer desconformidade ou fractura como ‘acidente de percurso’; falta, pois, aos protegidos a clara percepção de que o seu conflito nada mais é que um fragmento de uma conflituosidade mais ampla, supra-individual”. BENJAMIN, 1996, p. 313.

para compreenderem e acompanharem procedimentos judiciais que julgam ser complicados; e, por fim, as dificuldades que sentem de entender a linguagem forense e se comportarem de forma compatível com os padrões socialmente exigidos nos círculos destinados ao foro.

Estabelecem-se, assim, as razões preponderantes que inviabilizam a prestação jurisdicional para fins tutelares de interesses difusos de uma forma mais eficiente, menos dispendiosa e mais atenta às necessidades dos cidadãos.

Conclusão

Como se pode ver, muitas medidas já foram pensadas e algumas implementadas com vista à concretização do direito de acesso à justiça para fins de proteção dos interesses difusos.

Mais do que em qualquer outro momento da história brasileira, existe hoje uma grande difusão – o que é propulsionado, sem qualquer dúvida, pelos avanços e pela democratização do acesso aos meios de comunicação social – dos direitos conferidos aos cidadãos e à coletividade.

Paralelamente, justo para atender a essa demanda efervescente, cresce a importância desempenhada pelos órgãos do Ministério Público, pelas entidades da sociedade civil organizada, por meio de suas associações e organizações não governamentais e, *last but not least*, pela Defensoria Pública, hoje legitimada, inclusive, para a propositura de ações civis públicas, à luz do disposto no art. 5.º, inciso II, da Lei n.º 7.347/95.

É evidente que ainda existe um longo caminho a ser percorrido em tal temática, sobretudo quando está diretamente implicado, nesse contexto, o Poder Judiciário, abarrotado de ações judiciais - muitas sem o menor propósito – e sem capacidade do ponto de vista administrativo e financeiro para atender a essa assombrosa demanda.

As modificações legislativas são, em um primeiro momento, de fundamental importância. O sistema jurídico incidente à disciplina legal das ações coletivas, no Brasil, constituído pelas Leis de Ação Popular e de Ação Civil Pública e pelo Código de Defesa do

Consumidor, é hoje um emaranhado de normas jurídicas que, embora se articulem e complementem na medida do possível, não comportam o grau de sistematização que uma matéria de tamanha relevância requer.

Precisamente para solucionar essa questão, grupo de juristas de renomada competência elaborou o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. Trata-se de um esforço conjunto para concatenar as regras aplicáveis aos processos coletivos, proporcionando-lhes maior coerência, harmonização e, sobretudo, efetividade, como meio indispensável de aprimorar os instrumentos destinados a assegurar o direito de acesso à justiça para a tutela de direitos difusos, cujo conteúdo social é absolutamente intrínseco.

Não basta, todavia, que as modificações se operem somente no plano legislativo. Efetivos resultados exigem, igualmente, maior comprometimento dos cidadãos com o espírito público, já que tais direitos possuem implicações para toda a coletividade e permanente disseminação dos direitos coletivos pelos canais de comunicação por todos os setores da sociedade.

Logo, é necessário incutir uma cultura de informação e conscientização em benefício de nossa cidadania, de tal modo que, em contraponto à falta de credibilidade que permeia nosso sistema jurídico e judiciário, lhes confira maior sentimento de confiança em relação aos órgãos colocados à sua disposição para a defesa de direitos difusos e metaindividuais.

Somente por meio desta estreita articulação entre órgãos estatais, canais de imprensa e sociedade civil organizada, será possível alcançar resultados práticos satisfatórios que conduzam à melhoria da prestação jurisdicional no Brasil relativamente a direitos com tamanha relevância social.

Bibliografia

ALVIM, A. **Manual de Direito Processual Civil: Processo de Conhecimento**, vol. 2. 9. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

ANTUNES, L. F. C. Colocação institucional, tutela jurisdicional dos interesses difusos e “acção popular de massas”, **Textos Ambiente e Consumo**, Centro de Estudos Judiciários, Coimbra Editora, 1994.

ANTUNES, L. F. C. Para uma tutela jurisdicional dos interesses difusos, **Boletim da Faculdade de Direito**, Vol. LX, Coimbra, 1984.

ANTUNES, N. S. M. **O Direito de Acção Popular no Contencioso Administrativo Português**. Lisboa: Lex, 1997.

ASCENSÃO, J. O. A acção popular e a protecção do investidor, **Cadernos do mercado de valores mobiliários**, n. 11, 2001.

BENJAMIN, A. H. A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico: apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do ambiente e do consumidor, **Textos – Ambiente e Consumo**, Centro de Estudos Judiciários, I volume, 1996.

BOBBIO, N. **A era dos direitos**. tradução de Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CÂMARA, A. F. **Lições de Direito Processual Civil**, Vol. I, 7. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002.

CANOTILHO, J. J. G.; MOREIRA, V. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 3. Ed. Revista, Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

CAPPELLETTI, M. Governmental and Private Advocates for the Public Interest in Civil Litigation: a Comparative Study, **Michigan Law Review**, vol. 73, 1975.

CAPPELLETTI, M. Vindicating the public interest through the courts: A Compativist’s contribution. In CAPPELLETTI, M. e GARTH, B. **Access to Justice**, Vol. III – Emerging issues and perspectives. Milão: Dott. A. Giuffré Editore, 1979.

CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CRAMER, R. Exclusão Jurídica – Acesso à Justiça no Contexto Brasileiro. **Direito, Estado e Sociedade**, 22-23, Janeiro-Dezembro, 2003.

DUARTE, R. P. **Garantia de Acesso à Justiça: os direitos processuais fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

GAVRONSKY, A. A. Das origens ao futuro da Lei de Ação Civil Pública: o desafio de garantir acesso à Justiça com efetividade. In: MILARÉ, E. (coord), **A Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GIDDENS, A. **A terceira via: reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social-democracia**, tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Record, 2003.

GONÇALVES, P. **Entidades Privadas com Poderes Públicos**. Coimbra: Almedina, 2005.

GRINOVER, A. P. Novas Tendências na tutela jurisdicional dos interesses difusos. **Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia**, Vol. 13, n.º 1/2, 1984.

GUTIERREZ DE CABIEDES, P.; DE CAVIEDES, H. **La Tutela Jurisdiccional de los intereses Supraindividuales: Colectivos y Difusos**. Navarra: Aranzadi, 1999.

MANCUSO, R. C. **Jurisdição coletiva e coisa julgada**. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2005.

MONTÓN GARCÍA, L. **Acciones colectivas y acciones de cesación**. Madrid: Instituto Nacional del Consumo, Ministerio de Sanidad y Consumo, 2004.

MOREIRA, J. C. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. **Temas de Direito Processual**, Terceira Série, 1984.

NEVES, C. O Papel do Jurista no Novo Tempo, **Digesta**, Vol. 1, Coimbra, 1995.

NUNES, A. J. A. A filosofia social de Adam Smith, **Boletim de Ciências Económicas**, Vol. XLIX, Coimbra, 2006.

OLIVEIRA, C. A. A. Direito Material, Processo e Tutela Jurisdiccional. In FUX, L.; NERY JR., N.; WAMBIER, T. A. A. (coord), **Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Revista dos

Tribunais, 2006.

SANTOS, B. S. **O Acesso ao Direito e à Justiça: um direito fundamental em questão**, Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, Faculdade de Economia, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2002.

SANTOS, B. S. **Pela Mão de Alice – O Social e o Político na Pós-Modernidade**. São Paulo: Cortez, 2001.

SANTOS, C. C. **Ações Coletivas & Coisa Julgada**. Curitiba: Juruá, 2006.

SOUSA, M. T. **A legitimidade popular na tutela dos interesses difusos**. Lisboa: Lex, 2003.

O PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO NO PROCESSO PENAL À LUZ DA LEI

Nº 11.719/08

Franklyn Roger Alves Silva

*Mestrando em Direito Processual da
Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ.
Defensor Público no Estado do Rio de Janeiro*

RESUMO: O presente artigo examina o princípio da correlação entre a acusação e sentença após a reforma do Código de Processo Penal, criticando o resultado da reforma legislativa.

ABSTRACT: The present article examines examines the correlation between indictment and sentence after criminal proceeding reorganization. It criticizes the result of the legislative reorganization.

PALAVRAS-CHAVE: Correlação – Sentença – Processo Penal

KEYWORDS: Correlation – Sentence – Criminal proceeding

SUMÁRIO: 1. *Introdução* – 2. *O princípio da correlação no Direito Processual Penal* – 3. *Implicações da reforma do código de processo penal ao princípio da correlação:* 3.1. *A nova dicção da emendatio libelli;* 3.2. *A “reformulação” da mutatio libelli* – 4. *Conclusão* – 5. *Referências.*

1. INTRODUÇÃO

Diversos são os temas que apresentam inúmeras controvérsias no Direito Processual Penal. A redação do Código de Processo Penal apresenta algumas incongruências diante da nossa atual realidade, principalmente por se tratar de um diploma legal editado em 1941, de índole inquisitória e fascista.

Não se pode, contudo, deixar de reconhecer que a Constituição Federal promoveu uma verdadeira revolução no Direito Processual Penal ao instituir direitos e garantias que, até então, sequer orbitavam em torno de nosso ordenamento jurídico.

A Carta Magna culminou na não recepção de diversos dispositivos do Código de Processo Penal, pois incompatíveis com o espírito da Constituição. Nosso legislador constituinte buscou positivar expressamente o princípio do Juiz Natural, solidificar a figura do Tribunal do Júri, que já havia sofrido diversas alterações nas Constituições anteriores, além de se reconhecer, implicitamente, que o Processo Penal brasileiro orientava-se pelo sistema acusatório.

Atualmente vivenciamos uma tendência reformadora¹, pois nos últimos cinco anos diversas leis foram editadas com o fim de renovar as normas do Código Penal e do Código de Processo Penal. Especificamente, no ano de 2008, três foram as principais leis que alteraram o CPP, a primeira de nº 11.689/08 tratou da alteração do procedimento do Tribunal do Júri, com o fim de conferir-lhe maior celeridade. Através da Lei nº 11.690/08 o legislador buscou alterar, ainda que superficialmente, o sistema de provas no CPP, não obstante apenas inserir na legislação o que já era de praxe na jurisprudência, ao tratar da inadmissibilidade das provas ilícitas, da inquirição do ofendido, bem como de outras medidas pontuais.

O cerne de nossa abordagem é a Lei nº 11.719/08 que culminou na reformulação da sistemática atinente à *mutatio e emendatio libelli*, além da reorganização do procedimento ordinário e sumário, dando-lhe uma roupagem similar aos procedimentos existentes nas leis extravagantes mais recentes, a exemplo das Leis nºs 9.099/95 e 11.343/06.

¹ Já tramita no Congresso Nacional proposta de elaboração de um novo Código de Processo Penal, elaborado por uma Comissão composta por diversos juristas.

O novo diploma legal promoveu significativa alteração nos arts. 383 e 384 ao reformular toda sua redação, atendendo à majoritária crítica da doutrina e da própria jurisprudência.

Nesse contexto, necessária a análise do princípio da correlação, de grande importância no Direito Processual Penal, pois delimita tanto o campo de atuação do Ministério Público no curso da ação penal, quanto a cognição do magistrado na instrução processual e na fase decisória.

2. O PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO NO DIREITO PROCESSUAL PENAL

O oferecimento da denúncia² é um marco fundamental no processo penal, pois deflagra a ação penal e permite que seja iniciada a formação da relação processual, que se completará através da citação do denunciado, conforme preleciona a própria redação do art. 363, alterado pela Lei nº 11.719/08.

Sendo um ato processual de suma relevância, o Código de Processo Penal, em seu art. 41, elenca os requisitos necessários da denúncia³, haja vista que através da ação penal, o Ministério Público deduz em juízo uma verdadeira pretensão, tendo em vista o pedido formulado na inicial acusatória que visa a condenação do réu por infração a um dos tipos penais previstos em nosso Código Penal.

Ao realizar o juízo de admissibilidade da acusação⁴, cabe ao juiz examinar se estão presentes os indícios de materialidade e autoria lastreados em um mínimo suporte

² Não é à toa que o Prof. José Frederico Marques já assentava que: “A denúncia é, por isso o ato processual em que se formaliza a acusação, ou ato instrumental para início da *actio penalis* de caráter público.” (MARQUES, José Frederico. *Estudos de direito processual penal*. 2. ed. São Paulo: Millenium, 2001. p. 135).

³ O Direito Processual Penal também exige, nos moldes do Código de Processo Civil que a ação penal contenha a indicação das partes – autor e réu, os fatos e fundamentos em que se escoram a pretensão - causa de pedir, bem como o objeto pretendido - o pedido, nos termos do art. 41, do CPP.

⁴ A Lei nº 11.719/08 criou inúmeras controvérsias no processo penal ao reformular os procedimentos. Por uma redação infeliz, a doutrina começa a se digladiar quando da análise do dispositivo que regula o recebimento da denúncia. Isto porque, tanto o art. 396, quanto o art. 399 referem-se ao recebimento da inicial acusatória. Assim, é de suma importância estabelecer qual das duas disposições diz respeito ao efetivo recebimento da inicial acusatória, pois várias consequências advêm desta definição, como a interrupção do prazo prescricional, por exemplo. A nosso ver, parece-nos razoável que o recebimento da denúncia ocorra

probatório, permitindo-se que com o desenvolvimento do processo, o juiz possa prolatar uma sentença de mérito. E, assim, entre os fatos contidos na denúncia e aqueles abordados na sentença, como bem observa o Prof. Helio Tornaghi⁵, deve a haver a respectiva correlação.

A denúncia tem como fim precípuo a delimitação da *res in iudicium deducta*, ou seja, a delimitação da matéria a ser conhecida pelo juízo, bem como a individualização do pedido, permitindo ao magistrado prolatar sua sentença em observância ao princípio da correlação, ou adstrição, pois já delimitado o “conteúdo e a amplitude da prestação jurisdicional”⁶.

Para tanto, a imputação no processo penal deve demonstrar a tipicidade do fato, sua ilicitude, bem como a culpabilidade, os três elementos necessários para a configuração analítica do crime⁷.

É na causa de pedir, aliás, que deve se manter a necessária correlação com a sentença, cabendo destacar que nosso Direito Processual adota a teoria da substanciação⁸, o que implica reconhecer que a correta qualificação jurídica do fato articulado na denúncia não é relevante para o deslinde da ação penal. Tal afirmação se ratifica pelos próprios

após o oferecimento da resposta preliminar, haja vista que a intenção do legislador foi a de uniformizar os procedimentos, conferindo uma roupagem uniforme, iniciada com a instituição dos Juizados Especiais Criminais (Lei n° 9.099/95) e pela Lei Antidrogas (Lei n° 11.343/06).

⁵ TORNAGHI, Helio. *Curso de processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1981. v. 2. p. 177.

⁶ MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 1980. V. 1. p. 232.

⁷ Paira na doutrina certa controvérsia a respeito da culpabilidade como elemento analítico do crime. Isto porque, para Damásio Evangelista de Jesus (JESUS, Damásio E. *Direito penal*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 1. p. 151), Julio Fabbrini Mirabette (MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2004. v. 1. p. 98), Celso Delmanto (DELMANTO, Celso et al. *Código penal comentado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 18-19), René Ariel Dotti (DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 335) e César Mariano (SILVA, César Dario Mariano da. *Manual de direito penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 59), o crime se configura com a presença da tipicidade e ilicitude (injusto penal), sendo a culpabilidade mero pressuposto para aplicação da pena. Majoritariamente, todavia, a doutrina moderna tem sustentado a configuração tríplice do conceito analítico de crime, conforme lições de Rogério Greco (GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004. p. 158), Alexandre Marinho (MARINHO, Alexandre Araripe; FREITAS, André Guilherme Tavares de. *Direito penal: teoria do delito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 11), dentre outros doutrinadores.

⁸ Em contraponto à teoria da substanciação encontramos a teoria da individuação, também denominada teoria da individualização, através da qual, a qualificação jurídica dos fatos é relevante para o exame da lide. (PINHO, Humberto Dalla Bernardina. *Teoria geral do processo civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 133).

termos do art. 383 do CPP, tendo em vista que o magistrado não está obrigado a observar a capitulação jurídica constante da denúncia.

3. IMPLICAÇÕES DA REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL AO PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO

Não obstante verificarmos diversos descompassos no Código de Processo Penal, a Lei nº 11.719/08 inseriu ao art. 387 do Código de Processo Penal mais um requisito da sentença, conforme se observa da nova redação de seu inciso IV, que passa a determinar que a sentença proferida “*fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido*”.

Com base na nova redação deste dispositivo, o Juiz Criminal poderá estabelecer um valor mínimo para a reparação dos danos causados ao ofendido. Pela leitura do art. 387, conclui-se que a fixação de valor mínimo é requisito da sentença, naqueles crimes em que haja prejuízo causado ao ofendido, desde que reste demonstrado no curso da instrução processual.

A nosso ver, o referido artigo viola o princípio da correlação, haja vista que não há pedido na denúncia referente à fixação de valor mínimo, tendo em vista que o legislador não acrescentou ao art. 41 do CPP, disposição atinente à necessidade de se formular na denúncia pedido relativo ao arbitramento de valor mínimo a título de indenização pelos danos sofridos.

Estaremos diante de uma situação onde o magistrado criminal desenvolverá dilação probatória para estabelecer um valor mínimo, sendo certo que em sede de liquidação de sentença penal condenatória haverá nova discussão a fim de se apurar o real valor do dano. Em outras palavras, o esforço do Juízo criminal poderá ser em vão, tendo em vista a necessidade de se apurar o real prejuízo, conforme autoriza o art. 68, parágrafo único do CPP.

Os dispositivos em comento merecem crítica, pois acabam levando à seara penal discussão a respeito de questões cíveis. Tal ilação se dá pelo fato de que o magistrado ao fixar o valor mínimo, o fará com base em elementos constantes dos autos.

Assim, não há dúvidas de que as partes irão discutir a respeito dos danos causado durante a instrução criminal, acarretando fardo ainda maior ao réu que, não obstante se empenhar em buscar a absolvição, também terá que produzir provas e contraditar as alegações do ofendido, no que concerne aos prejuízos sofridos.

Oportuno até mesmo questionar como será feita a demonstração do prejuízo para efeitos de fixação do valor mínimo? As partes terão à sua disposição todos os meios de prova admissíveis para a comprovação do prejuízo?

Nos parece que pelos primados do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, a instrução probatória referente à comprovação do prejuízo será simultânea à apuração judicial dos fatos delituosos, adotando-se os mesmos prazos para tanto, sendo certo que as partes terão liberdade nos meios de prova para a demonstração do prejuízo.

Outra indagação que podemos fazer, tendo em vista a omissão da lei, diz respeito a quem comprovará o prejuízo. Caberá ao Ministério Público produzir estas provas no curso da ação penal pública ou o ofendido deverá se habilitar como assistente para postular a devida reparação. Além disso, qual será o momento processual para requerer a produção de provas que comprovem o prejuízo, ou deverá ser utilizada prova pré-constituída?

Ao nosso ver não cabe ao Ministério Público tomar a iniciativa probatória relativa à demonstração do prejuízo, pois o ausente o interesse público de tal pretensão, eis que de nítido caráter patrimonial disponível. Pela nova redação do art. 257, cabe ao Ministério Público promover, privativamente, a ação penal pública e fiscalizar a execução da lei. Portanto, não tendo a vítima se habilitado nos autos para demonstrar os prejuízos advindos da infração penal, deverá a mesma se valer das vias ordinárias comuns, seja através do processo de conhecimento no juízo cível, seja pela liquidação da sentença penal condenatória.

E admitindo-se a possibilidade de fixação de um valor mínimo, indago ainda se, em se tratando de crime de menor potencial ofensivo, o magistrado do Juizado Especial

Criminal estará adstrito ao limite imposto pelas Leis n^os 9.099/95 e 10.259/01, no que concerne aos Juizados Especiais Cíveis, no tocante ao limite de alçada. É dizer, o magistrado do Juizado Especial Criminal Estadual pode estabelecer valor mínimo que seja superior a 40 (quarenta) salários mínimos? Parece-nos irrazoável admitir a limitação de alçada, visto que a lei processual penal nada diz respeito, sendo certo que os Juizados Especiais Criminais em nada se igualam aos Juizados Especiais Cíveis, cuja competência daqueles restringe-se às infrações de menor potencial ofensivo, diferentemente destes, os quais são competentes para as causas de menor complexidade.

3.1. A nova dicção da *Emendatio Libelli*

Em conformidade com o princípio da correlação o legislador conferiu ao Juiz mecanismos capazes de adequar seu pronunciamento jurisdicional aos fatos contidos na denúncia. O art. 383 do CPP dispõe que o juiz poderá, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave ao fato, conforme redação determinada pela Lei n^o 11.719/08. Tal norma decorre da máxima *nihil tibi factum dabo tibi ius*, que exprime o dever do réu de se defender dos fatos, pois cabe ao juiz dizer o direito⁹.

A concepção do que se entende pela expressão *definição jurídica*, constante do art. 383, deve ser buscada à luz do art. 41 do CPP, que enumera os requisitos essenciais da denúncia ou queixa, ao exigir a capitulação legal da infração praticada. Assim, compreende-se a *emendatio libelli* sempre que houver uma alteração da classificação da figura típica.

Destarte, ao se defender, o réu deve, em tese, se ater aos fatos articulados na denúncia, buscando, assim, demonstrar sua inocência ou real participação no crime, na medida de sua culpabilidade, não sendo dado ao juiz alterar os fatos contidos na denúncia.

⁹ A capitulação do fato típico é matéria de julgamento, razão pela qual, cabe ao juiz decidir sobre qual o tipo penal se amolda à conduta criminosa.

Na prática, nenhum advogado deve se ater à análise dos fatos, pois a defesa técnica tão preconizada pela doutrina e jurisprudência não diz respeito apenas à análise do conjunto probatório constante dos autos, mas também à análise das questões processuais e de direito material, inclusive a tipificação das condutas imputadas na denúncia, como bem registra Guilherme Nucci¹⁰:

(...) tal concepção – de que o acusado se defende apenas dos fatos imputados – não é de todo correta. Situações existem em que o erro da classificação do delito entranhado na denúncia ou queixa, pode provocar prejuízos à defesa e, conseqüentemente, a nulidade absoluta da sentença penal. A ampla defesa, para ser exercida em toda plenitude, implica permitir ao acusado a livre escolha do seu defensor, podendo eleger aquele que crê mais especializado na defesa técnica da infração, pelo qual é acusado, por exemplo. (...) Mais grave ainda ocorre, quando a acusação, para determinado tipo penal, possibilita meios defensivos não previstos para aquele considerado ao final da sentença.

Oportuno rememorar a lição de Gustavo Badaró que, ao prestigiar a ampla defesa e o contraditório, argumenta que seria necessário ao juiz, quando promovesse alteração na classificação do delito, submeter às partes o contraditório a fim de se manifestar sobre a nova classificação, evitando surpresas com a prolação da sentença.¹¹

A nosso ver merece crítica a redação do art. 383 do CPP, pois verificando o juiz que os fatos narrados na denúncia não se amoldam ao tipo penal nela imputado, deveria oportunizar à defesa a possibilidade de se manifestar, pois bem ou mal, seus argumentos defensivos se fundaram no tipo penal apontado na denúncia.

¹⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 621.

¹¹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Correlação entre acusação e sentença*. São Paulo: RT, 2000. p. 162.

Não nos parece, todavia, que seja necessário aditamento no caso da *emendatio libelli*, como pretende o Luis Gustavo Grandinetti¹², pois o contraditório que se faz necessário diz respeito apenas à possibilidade de discussão de teses jurídicas, pois o núcleo fático descrito na denúncia restará mantido.

A correlação entre a acusação e sentença se dá entre a causa de pedir e o preceito condenatório. Isto porque, no Processo Penal, admite-se apenas um pedido, o de condenação, não sendo ofício do Ministério Público estabelecer, definitivamente, o tipo penal ao qual se amolda a conduta descrita na denúncia. A tipificação realizada pela acusação serve, na realidade, para estabelecer, inicialmente, o procedimento a ser adotado e a competência do juízo, por exemplo.

Para nós, a necessidade de contraditório na *emendatio libelli* não é conseqüência de um necessário e anterior aditamento. O que se pretende é afastar uma concepção clássica de que as partes discutem apenas os fatos, não sendo capazes de influenciar a qualificação jurídica.

Por todas estas razões, não se revela necessário o aditamento à ação penal, ainda que o magistrado entenda que se trate de outra figura típica que comine pena mais grave, haja vista que o fato imputado, ao qual o réu procurou formular sua defesa, permanece o mesmo.

Pela atual dicção do Direito Processual Penal, pode o juiz, a qualquer tempo, dar ao fato a definição jurídica diversa daquela que consta na inicial da ação penal, inclusive no momento em que recebe a peça inaugural da ação penal, não obstante ser recomendado que a alteração ocorra ao final da fase instrutória.

Infelizmente, a Lei nº 11.719/08 não acolheu os reclames de parte da doutrina, no que diz respeito à necessidade de vista dos autos ao Ministério Público e a defesa nas

¹² “Decorrência da ampla defesa é, também, a similitude entre a acusação e a sentença condenatória, nos termos dos artigos 383 e 384 do Código, que tratam da *emendatio libeli* e da *mutatio libeli*. A desobediência a esses preceitos acarreta a nulidade processual. A crítica fica por conta da redação de ambos os dispositivos que carecem de uma interpretação sistemática. Por decorrência do princípio da correlação entre sentença e pedido, é indispensável, sempre, que o Ministério Público adite o pedido no caso de *mutatio* ou *emendatio*, bem como, em obediência ao princípio de ampla defesa, o réu se manifeste especificamente sobre o aditamento, devendo novamente ser citado e interrogado.” (CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho de. *Processo penal e constituição*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 154).

hipóteses de *emendatio libelli*, mantendo a essência original do instituto, promovendo apenas alterações procedimentais já consagradas na jurisprudência, diga-se de passagem, tendência reiterada¹³ nas últimas três leis que alteraram o Código de Processo Penal.

A nova lei acrescentou o §1º ao art. 383, determinando caso haja possibilidade de proposta de suspensão condicional do processo, em virtude definição jurídica diversa, caberá ao Juiz observar o disposto na lei, especificamente o art. 89 da Lei nº 9.099/95¹⁴, apenas ratificando uma prática já comum, inclusive prestigiada na jurisprudência.

A lei também determina que, se em virtude da nova capitulação, restar configurado delito da competência de outro juízo, a este serão encaminhados os autos, como determina o §2º do epigrafado artigo, a fim de preservar o juiz natural da causa.

Convém observar que, por se tratar de uma alteração na classificação da figura típica imputada ao acusado, é plenamente possível que se realize da *emendatio libelli* em qualquer grau de jurisdição, haja vista não haver qualquer alteração na descrição da conduta praticada, eis que o órgão jurisdicional apenas promove a melhor subsunção entre a conduta e o modelo abstrato previsto no tipo penal.

3.2. A “REFORMULAÇÃO” DA *MUTATIO LIBELLI*

A redação originária do art. 384 do Código de Processo Penal determinava que o juiz baixasse o processo a fim de que a defesa, no prazo de oito dias, falasse e, se quisesse,

¹³ Observa-se que as Leis nº 11.689/08, 11.690/08 e 11.719/08, não obstante introduzirem novidades ao ordenamento jurídico processual penal, também adaptaram o Código de Processo Penal à prática adotada na doutrina e recomendada pela jurisprudência.

¹⁴ O que se questiona, na prática, diz respeito ao modo pelo qual o magistrado formulará a proposta, pois é comum encontrarmos o que se denomina, na prática, sentença escalonada, onde o juiz inicia a elaboração da sentença e a suspende com a formulação do dispositivo, pois no bojo de sua decisão reconhece a nova definição jurídica e intima o Ministério Público para a formulação da proposta de suspensão condicional do processo. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro já conta com diversos precedentes reconhecendo a possibilidade desta bipartição da sentença (2006.050.03917 - APELACAO CRIMINAL - DES. GILMAR AUGUSTO TEIXEIRA - Julgamento: 22/08/2006 - QUARTA CAMARA CRIMINAL; 2007.050.01079 - APELACAO CRIMINAL - DES. MAURILIO PASSOS BRAGA - Julgamento: 29/05/2007 - SETIMA CAMARA CRIMINAL), argumentando que a elaboração do dispositivo com o cálculo de pena configuraria *error in procedendo*, cabendo a anulação parcial da sentença, no que concerne à dosimetria, pois cabe ao magistrado interromper a elaboração de sua sentença na formulação do dispositivo, após a definição da nova capitulação jurídica.

produzisse prova, podendo ouvir até três testemunhas, sempre que reconhecesse a possibilidade de nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de circunstância elementar não contida, explícita ou implicitamente, na denúncia ou na queixa, instituindo assim, a *mutatio libelli*.

O parágrafo único do art. 384, antes da reforma da Lei nº 11.719/08, previa que se houvesse a possibilidade de nova definição jurídica que importasse aplicação de pena mais grave, o juiz baixaria o processo, a fim de que o Ministério Público pudesse aditar a denúncia ou a queixa, se em virtude desta houvesse sido instaurado o processo em crime de ação pública, abrindo-se, em seguida, o prazo de 3 (três) dias à defesa, que poderia oferecer prova, arrolando até três testemunhas.

Na *mutatio libelli* não mais estamos tratando de mera capitulação da conduta delituosa. Agora, trata-se do surgimento de um fato diverso¹⁵ não examinado durante o curso da instrução processual e que poder dar outro rumo ao resultado da ação penal.

Pelos primados da ampla defesa e do contraditório era necessário que o Juiz oportunizasse à defesa prazo para que se manifestasse acerca do fato diverso e pudesse produzir, se entendesse necessário, novas provas, inclusive testemunhal, a fim de elucidar a questão.

Em dicção contrária à da *emendatio libelli*, o ordenamento processual veda que haja *mutatio libelli* em grau recursal, ao que se observa do Enunciado nº 453 da Súmula do Supremo Tribunal Federal e da interpretação do art. 617 do Código de Processo Penal.

Antes da reforma, alguns doutrinadores já entendiam que o art. 384 era inconstitucional¹⁶ por violar o sistema acusatório, na medida em que o juiz tomava a iniciativa no aditamento da imputação, sendo certo que se tratava de matéria controvertida na própria doutrina.

¹⁵ Há que se fazer uma distinção entre o fato novo e o fato diverso. Pela redação do art. 384, o que pretende o legislador é garantir o aditamento na hipótese de fato diverso, assim entendido como a circunstância que guarda relação com o fato originariamente imputado. No fato novo, há uma integral dissociação do fato inicialmente imputado, não sendo pois, caso de aditamento, mas sim de deflagração de uma nova ação penal. Neste sentido, conferir: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Correlação entre acusação e sentença*. São Paulo: RT, 2000. p. 188-190.

¹⁶ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 151-152;. LIMA, Marcellus Polastri. *Manual de processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 725.

Eugênio Pacelli¹⁷ ao refletir sobre a figura da *mutatio libelli* antes da reforma introduzida pela Lei n° 11.719/08 já sustentava que o expediente se afigurava como uma manifestação autoritária haja vista que a titularidade da ação penal é exclusiva do Ministério Público.

Na prática, ao se conferir ao juiz a iniciativa em realizar a *mutatio*, permitia-se ao magistrado atuar como verdadeiro acusador na ação penal, pois estaria, por via oblíqua, aditando a denúncia.

O problema era mais grave ainda, à medida que só se exigia o aditamento nos casos em que a pena cominada decorrente da nova definição jurídica importasse em aumento de pena, nos termos da redação do antigo parágrafo único do art. 384. Ou seja, se a nova definição jurídica decorrente de fato diverso não contido na ação penal não implicasse aumento de pena, caberia ao magistrado realizar o próprio aditamento e baixar os autos para que a defesa pudesse se manifestar e produzir provas.

Com a Constituição de 1988 toda essa realidade foi apagada, pois o art. 129, I, conferiu ao Ministério Público a legitimidade para, privativamente, ajuizar¹⁸ a ação penal pública e, por consequência lógica do próprio sistema, aditá-la.

Como é cediço, no Processo Penal somente deve ser admitido o aditamento espontâneo, seja no curso da ação penal pública ou da ação penal privada não sendo dado ao magistrado se imiscuir na questão relativa ao aditamento, como opina o Professor Sergio Demoro Hamilton¹⁹, em provocativo trabalho.

Ao adotarmos o sistema acusatório, ainda que de forma implícita na Constituição, eis que extraído do conjunto de garantias por ela previstas, reconhece-se a repartição das funções de acusação, defesa e julgamento.

O legislador brasileiro orientado pelas duras críticas formuladas pela doutrina, a fim de conferir a máxima efetividade ao princípio da congruência entre o pedido e a sentença,

¹⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de processo penal*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 497.

¹⁸ Se cabe ao Ministério Público formar sua *opinio delicti* e ajuizar a ação penal, não há dúvidas de que com a nova ordem constitucional também deveria se entender que o aditamento seria ato privativo do Ministério Público. Infelizmente, tal concepção apenas veio a lume com a edição da Lei n/ 11.719/08, que alterou a sistemática da *mutatio libelli*.

¹⁹ HAMILTON, Sergio Demoro. *Estudos de processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 97-110.

ao editar a Lei n° 11.719/08, alterou substancialmente o art. 384 do Código de Processo Penal que passa a determinar que o Ministério Público, após o encerramento da instrução probatória, se entender cabível nova definição jurídica do fato, em consequência de provas existentes nos autos de elementos ou circunstâncias da infração penal não contidas na acusação, adite a denúncia ou queixa, no prazo de cinco dias, se, em virtude desta, houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, reduzindo-se a termo o aditamento, quando feito oralmente.

A reforma processual corrigiu uma grave falha no art. 384, pois cabia ao juiz provocar o Ministério Público a fim de que fosse aditada a denúncia, o que configurava verdadeira violação ao princípio da correlação, pois o Ministério Público é quem detém a titularidade da ação penal.

Feito o aditamento²⁰, cada parte poderia arrolar até três testemunhas, no prazo de cinco dias, ficando o juiz, na sentença, adstrito aos termos do aditamento, conforme disposto no §4º, do art. 384 do CPP.

Pelos primados da ampla defesa e do contraditório é necessário que o Juiz oportunize a defesa prazo para que se manifeste acerca do fato apresentado e possa produzir, se entender necessário, novas provas, inclusive testemunhal, a fim de elucidar a questão. Assim, o § 2º estabelece que ouvida a defesa no prazo de cinco dias e admitido o aditamento, o juiz, a requerimento das partes, designará dia e hora para continuação da audiência, com inquirição de testemunhas, novo interrogatório do acusado, realização de debates e julgamento, sendo certo que as disposições dos §§ 1º e 2º do art. 383 são aplicáveis na *mutatio libelli*, como determina o §3º do art. 384.

Entendendo o Promotor de Justiça que não se trata de hipótese de aditamento, mantendo os termos de sua denúncia, caberá ao juiz, exercer função anômala e aplicar o art. 28 do Código de Processo Penal, remetendo os autos, nos termos do §1º, do art. 384 do CPP, ao Procurador Geral de Justiça, em sede de Ministério Público Estadual ou à Câmara

²⁰ O aditamento se revela como verdadeira faceta do princípio da obrigatoriedade, pois também cabe à acusação, por ser titular da ação penal, prezar pela correlação entre a imputação e a sentença, de modo que presentes as circunstâncias necessárias à alteração na imputação, caberá ao Ministério Público emendar sua denúncia, adequando à realidade dos fatos contidos nos autos.

de Coordenação e Revisão Criminal do Ministério Público Federal (art. 62 da Lei Complementar nº 75/93).

Neste ponto, observa-se que o que o legislador deu com uma mão foi tirado pela outra, pois o magistrado continua exercendo a função anômala de fiscal do princípio da obrigatoriedade da ação penal ao determinar a remessa dos autos ao Procurador Geral de Justiça, na forma do art. 28 do CPP.²¹

Nos casos em que o aditamento não for realizado, ou caso seja o mesmo inadmitido, o processo prosseguirá, como determina o §5º do art. 384, não restando, ao nosso ver, outra saída ao magistrado senão absolver o réu da imputação contida na denúncia, em razão da observância ao princípio da correlação entre a acusação e a sentença.

Isto porque, por uma análise mais acurada do instituto, permite-se a conclusão de que qualquer modalidade de aditamento provocado pelo Juiz deve ser tida por inconstitucional, eis que o exercício do direito de ação é privativo do Ministério Público, não cabendo ao Juiz interferir na opinião do órgão acusatório.

Pois bem, realizado o aditamento, dois são os paradigmas postos diante do magistrado. Nos resta saber se o juiz só pode condenar o réu nos termos do aditamento²², eis que a intervenção do Ministério Público teria natureza vinculativa, ou seria possível ao juiz condenar tanto na capitulação originária, como na forma do aditamento, operando-se, deste modo, verdadeira imputação alternativa feita pelo Ministério Público²³.

A denúncia alternativa, como denomina o Prof. Sergio Demoro²⁴, pode apresentar duas vertentes conforme a situação fática narrada. Poderá ter cunho subjetivo quando disser

²¹ De certo modo, o magistrado, indiretamente, continuará provocando o aditamento, haja vista a previsão do §1º do art. 384, do CPP, com a nova redação dada pela Lei nº 11.719/08.

²² Sob a ótica do Prof. Afrânio Silva Jardim, o aditamento realizado pelo Ministério Público não impede o magistrado de prolatar decreto condenatório fundado na imputação inicial. Isto porque, não houve a desistência da imputação inicial, mas apenas uma ampliação do tema objeto de julgamento, afigurando-se verdadeira imputação alternativa. (JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 121).

²³ Alexander Araujo de Souza, prestigiando a posição do Prof. Afrânio Silva Jardim, admite a figura da imputação alternativa no processo penal, tanto em caráter objetivo quanto de caráter subjetivo, sem que se configure uma acusação temerária. (SOUZA, Alexander Araujo. A imputação alternativa no processo penal: exercício abusivo do direito de ação penal condenatória? *Revista do Ministério Público*, Rio de Janeiro, n. 26, p. 23-30, jul. / dez. 2007.).

²⁴ HAMILTON, Sergio Demoro. *Estudos de processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 103.

respeito à definição da autoria da infração, em razão da dificuldade de se definir a identidade do real autor da conduta. Entretanto apresentará caráter objetivo quando versar sobre a apuração dos fatos articulados na investigação criminal.

O tema não é pacífico e nossa opinião é a de que no Processo Penal não deve ser admitida a imputação alternativa, pois estaríamos diante de uma acusação temerária.

Se o Ministério Público não tem elementos suficientes para imputar uma conduta ao acusado, é hipótese de falta de justa causa, cabendo ao órgão acusatório realizar novas diligências até que seja possível a formação de sua *opinio delicti*.

Quando o Código de Processo Penal exige a capitulação jurídica do fato na peça inaugural da ação penal o que pretende o legislador é garantir que o acusado possa ter meios de realizar sua ampla defesa, sabendo, efetivamente, quais fatos lhe são imputados. A admissibilidade da imputação alternativa impediria a elaboração de uma defesa efetiva, pois o acusado teria que se defender de duas acusações, sendo certo que ambas não se escoram em um suporte probatório mínimo, haja vista que o próprio órgão acusatório não é capaz de definir sua imputação.

Em casos como este, a figura da defesa técnica no processo penal, que tem grande relevo não apenas para o exame da conduta, mas para o debate das teses jurídicas, a fim de comprovar a inocência ou demonstrar que a conduta praticada se amolda a determinado tipo penal, fica prejudicada, dada a própria incerteza na imputação.

Em nosso socorro, as Mesas de Processo Penal da USP já editaram Verbete em sua Súmula no sentido de não se admitir a denúncia alternativa no processo penal, por violar o exercício do direito de defesa. Admitir-se a possibilidade de condenação alternativa, tendo como delimitação da matéria a ser decidida tanto o aditamento quanto a descrição inicial, é reconhecer que há dúvida a respeito dos próprios fatos articulados na pretensão acusatória.

Havendo controvérsia quanto aos fatos, não resta ao juiz outro caminho senão a absolvição do réu por falta de provas, na forma do art. 386 do Código de Processo Penal.

Deste modo, como só é possível, ao nosso ver, uma única imputação no processo penal, o juiz estaria vinculado ao aditamento realizado pelo Ministério Público, não

podendo condenar o acusado com base na imputação anterior ao aditamento. Caso discorde da nova imputação contida no aditamento, em virtude da aplicação do art. 384, do CPP, outra escolha não terá o juiz, senão absolver o acusado, em respeito à adstrição entre a acusação e a sentença.

4. CONCLUSÃO

A reforma processual chegou em um momento em que a sociedade espera uma resposta mais enérgica do Legislador, do Executivo e do Judiciário face ao crescente aumento da criminalidade.

As Leis n^os 11.689/08, 11.690/08 e 11.719/08 introduzem disposições interessantes ao Código de Processo Penal, retificando algumas incongruências existentes em nosso diploma legal, de índole fascista, com disposições inadequadas à nova realidade social.

É bem verdade que alguns dos dispositivos inseridos pelo legislador violam o princípio da correlação entre acusação e sentença, a exemplo do art. 387 do Código de Processo Penal.

Lamenta-se que o legislador não tenha adotado a tese de que mesmo na *emendatio libelli* haja a necessidade de se garantir o contraditório, por ser providência condizente com a ampla defesa.

A alteração radical introduzida à *mutatio libelli* chega em boa hora, pois corrige uma falha grave existente no CPP ao conferir ao juiz a possibilidade de, por via transversa, aditar a denúncia, a partir do momento em que provoca o Ministério Público na forma da antiga redação do caput do art. 384.

A provocação do aditamento, nos moldes do antigo parágrafo único do art. 384, é expurgada de nosso ordenamento sem deixar saudades, pois configurava-se como verdadeiro expediente autoritário, notadamente característico de um sistema inquisitivo, incompatível com a realidade estabelecida pelo constituinte, desde 1988.

Entretanto, o legislador não foi corajoso o suficiente a ponto de assegurar a plenitude do sistema acusatório, pois não obstante afastar a figura do aditamento provocado, determinou a aplicação do art. 28, do CPP, quando o Juiz não concordasse com a atitude do órgão acusatório que deixasse de aditar a denúncia.

A realidade, todavia, é que a reforma processual não trouxe significativa alteração nos institutos aqui analisados. O que o legislador fez foi apenas mascarar a necessidade de intervenção judicial na hipótese de *mutatio libelli*, instituindo mais um exemplo de função anômala no processo penal.

5. REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Correlação entre acusação e sentença*. São Paulo: RT, 2000.

CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho de. *Processo penal e constituição*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

DELMANTO, Celso *et al.* *Código penal comentado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

HAMILTON, Sergio Demoro. *Estudos de processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 97-110.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

JESUS, Damásio E. *Direito penal*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 1.

LIMA, Marcellus Polastri. *Manual de processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MARINHO, Alexandre Araripe; FREITAS, André Guilherme Tavares de. *Direito penal: teoria do delito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MARQUES, José Frederico. *Estudos de direito processual penal*. 2. ed. São Paulo: Millenium, 2001.

_____. *Tratado de direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 1980. V. 1 e 2.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2004. v. 1.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 2006.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de processo penal*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 497.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina. *Teoria geral do processo civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 151-152

SILVA, César Dario Mariano da. *Manual de direito penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SOUZA, Alexander Araujo. A imputação alternativa no processo penal: exercício abusivo do direito de ação penal condenatória? *Revista do Ministério Público*, Rio de Janeiro, n. 26, p. 23-30, jul. / dez. 2007.

TORNAGHI, Helio. *Curso de processo penal*. 2. ed. São paulo: Saraiva, 1981. v. 2.

**APONTAMENTOS SOBRE A REPERCUSSÃO GERAL DO
RECURSO EXTRAORDINÁRIO**

***NOTES OF THE GENERAL REPERCUSSION IN EXTRAORDINARY
APPEAL***

Guilherme Kronenberg Hartmann

*Mestrando em Direito Processual pela UERJ.
Pós-graduado em Direito Público e Privado pela
UNESA/EMERJ. Professor da Escola da Magistratura
do Rio de Janeiro – EMERJ, dos cursos de graduação e
pós-graduação da Universidade Estácio de Sá –
UNESA.*

RESUMO: A elaboração de um novo requisito específico de admissibilidade ao recurso extraordinário (art. 102, parágrafo 3º, da Constituição Federal c/c art. 543-A, do Estatuto Processual vigente), com o foco de reduzir o quantitativo de processos no Supremo Tribunal Federal, racionalizando a atividade jurisdicional. O contorno de aplicação da “repercussão geral” e a análise dos seus requisitos. Análise do processamento nos tribunais de origem, bem como na Suprema Corte. Os recursos por amostragem e o bloqueio de processos repetitivos. Pesquisa jurisprudencial e comentários doutrinários sobre o comentado mecanismo constitucional de filtragem de recursos. Mitigação do controle difuso de constitucionalidade e objetivação do recurso extraordinário. Uma nova realidade processual através da redefinição do próprio papel do Supremo Tribunal Federal perante os seus jurisdicionados.

PALAVRAS-CHAVE: REFORMA JUDICIÁRIA. RECURSO
EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. PERSPECTIVAS ATUAIS.

ABSTRACT: The drafting of a new specific requirement of admissibility to the extraordinary appeal (art. 102, paragraph 3 of the Federal Constitution c/c art. 543-A, the current Code of Procedure), with the focus of reducing the amount of cases in the Federal Supreme Court, streamlining the judicial activity. The outline of the application of “general repercussion” and examination of its requirements. Analysis of the processing in the courts of origin, and the Federal Supreme Court. The appeals to sample and blocking of repetitive processes. Research case law and commentary on the doctrinal reviewed the constitutional mechanism for filtering appeals. Mitigation of diffuse control of constitutionality and objectification of the extraordinary appeal. A new procedural reality by redefining the very role of the Federal Supreme Court before their under jurisdiction.

KEYWORDS: JUDICIARY REFORM. EXTRAORDINARY APPEAL. GENERAL REPERCUSSION. CURRENT PERSPECTIVES.

1 – Considerações iniciais.

Em franca compatibilidade com o princípio da razoável duração do processo (art. 5, inciso LXXVIII da Constituição Federal, introduzido pela Emenda Constitucional nº 45/2004), as últimas reformas legislativas tiveram a tônica de abreviar o tempo de litigância, para simplificar/reduzir o procedimento, tornando-o mais célere, com a pré-ordenação de instrumentos processuais capazes de promover a efetiva tutela de direitos.

Tal preocupação permeia todo o sistema processual, passando desde a porta de entrada do Poder Judiciário, logo no início do feito – na admissão da intitulada sentença liminar de improcedência em demandas seriadas, prevista no art. 285-A, do Código de Processo Civil, nos termos da lei 11.277/06 –, como também já no topo da pirâmide, ao

final do processo, com a apresentação de modificações no procedimento recursal junto aos tribunais superiores, como aqui se pretende examinar.

Faz-se análise do instituto da repercussão geral, introduzido pela lei nº 11.418/2006, através da modificação do Estatuto Processual pátrio, para preencher a lacuna criada pela inserção do parágrafo 3º ao art. 102 do texto magno, através da Reforma do Judiciário, segundo a comentada emenda constitucional.

Nesse ponto, em contrapartida aos requisitos genéricos de admissibilidade dos recursos em geral, cujo preenchimento permanece obrigatório, sob pena de inadmissão, foi elaborado um novo requisito específico para o recurso extraordinário (WAMBIER; WAMBIER; MEDINA, 2007, p. 240) ¹, autorizando o Supremo Tribunal Federal, de forma exclusiva, a recusá-lo, se não demonstrada a repercussão geral das questões constitucionais ali versadas (art. 543-A do CPC). Ainda, foram instituídas regras simplificadoras de outros recursos pendentes que veiculem igual controvérsia (art. 543-B do CPC).

Sem sombra de dúvida, o intuito da normatividade é racionalizar a atividade jurisdicional, para atenuar o crônico problema do abarrotamento das pautas de julgamento da Suprema Corte ², em ataque frontal às causas seriadas – seu principal objetivo. Em apreço, a crise do recurso extraordinário, somada à grande porção de recursos conexos daí advindos.

Vale contextualizar em números a assertiva: composto por 11 ministros (art. 101 da Constituição Federal) ³, o STF recebeu, somente no ano de 2006, nada menos do que

¹ Os autores demonstram surpresa pela ausência de extensão do requisito da repercussão geral ao recurso especial dirigido ao Superior Tribunal de Justiça (art. 105, inciso III da CF), “como se tudo o que constasse da lei federal fosse relevante”, buscando uma justificativa diante da “inexorabilidade do exercício de uma certa função ‘controladora’, pelo STJ, em relação aos Tribunais de segundo grau de jurisdição”. Registre-se que já houve movimentação legislativa nesse sentido, através do projeto de lei 1.343/2003, de autoria do deputado Aloysio Nunes Ferreira, para acrescentar um parágrafo 2º ao art. 541 do CPC, estabelecendo a necessidade de repercussão geral para o conhecimento do recurso especial por ofensa à lei federal. A proposição teve a tramitação arquivada em 31/01/07.

² Observe-se que a Constituição Federal de 1988 ao criar o STJ já teve o mesmo desiderato de aliviar a sobrecarga do STF, repartindo as hipóteses de cabimento do recurso extraordinário entre ambas as Cortes. Ademais, não foi diferente o escopo da lei 9.756/98 ao determinar a retenção obrigatória dos recursos excepcionais interpostos contra decisão interlocutória (art. 542, parágrafo 3º do CPC); como também na atribuição de maiores poderes ao relator (art. 544, parágrafo 3º do CPC).

³ Somente para apimentar o assunto, diga-se que o Tribunal Constitucional de Portugal, cujo país possui dimensão territorial e populacional bem inferior, quando comparada a nossa realidade, compõe-se de 13 membros (art. 222.1 da Constituição da República Portuguesa).

127.535 processos, procedendo ao julgamento de 110.284 destes ⁴. Isso significa, numa simples operação matemática, que cada ministro julgou em torno de 10.025 processos num único ano, o que dá aproximadamente uns 27 julgamentos por dia, nos 365 dias do ano, sem descanso – e ainda em déficit no que se refere à entrada e saída de processos ativos. Portanto, não causa espanto o intento de reduzir o número de processos.

Por outro lado, cabe apresentar uma outra razão de ser da reforma produzida: o STF não constitui uma mera corte de revisão. Assim é que o recurso extraordinário nunca teve o desiderato último de proporcionar uma terceira (ou quarta) instância revisora de uma eventual injustiça ocorrida nas instâncias ordinárias, pelo contrário, sua finalidade tem delineamentos políticos, permitindo a Corte Suprema outorgar unidade ao direito constitucional, em proteção aos seus preceitos.

Explica-se, sem qualquer traço de novidade, que os recursos ordinários possuem um efeito devolutivo amplo a ensejar uma inteira revisão da matéria de fato e de direito daquilo que se decidiu no juízo *a quo*. Diferentemente, os recursos entendidos como extremos ou excepcionais (especial e extraordinário) possuem devolutividade restrita, limitada às questões de direito, não fitando a correção da injustiça da decisão – a modificação do julgado é mero efeito indireto do acolhimento do recurso –, já que servem à defesa do ordenamento jurídico, num trabalho de unificação de jurisprudência pelos tribunais superiores, para evitar que o direito positivo se disperse em diversas interpretações regionais. Por isso, são justificáveis as restrições ao seu processamento e julgamento – “excepcional” juízo de admissibilidade, como na exigência de prequestionamento da questão federal/constitucional, respectivamente –, inclusive pelas expressas hipóteses de cabimento (recursos de fundamentação vinculada), não bastando a mera sucumbência do recorrente.

Com efeito, pretendeu-se, basicamente, com a exigência da demonstração da repercussão geral, que as questões constitucionais debatidas em lides intersubjetivas individuais, sem qualquer projeção *ultra partes* ou *erga omnes*, sejam resolvidas, em

⁴ Todas as reveladoras estatísticas inseridas neste texto foram retiradas do próprio site do STF. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessual> >, acesso em 02 de dezembro de 2009.

caráter definitivo, pelas instâncias ordinárias (CÂMARA, 2007, p. 141)⁵, quiçá pelo STJ⁶. Isso significa, conforme assinala Venturi (2008, p. 912), numa entrante “redefinição do próprio perfil do STF, agora não mais competente para o julgamento de causas que, embora constitucionais, não envolvam discussões de relevância social, quantitativa e qualitativamente aferida”.

De todo modo, não se cuida de instituto cunhado sem nenhum precedente no direito estrangeiro⁷ ou mesmo nacional. Quanto ao Brasil, refere-se ao mecanismo da “arguição de relevância da questão federal”, concebido durante a ditadura militar e repellido pela Constituição Federal de 1988, com claro intuito de inclusão: tornar admissíveis recursos *a priori* incabíveis, não previstos na enumeração regimental da época. Havia dependência de instauração de incidente próprio no procedimento do recurso extraordinário, cuja decisão era proferida em sessão secreta, dispensada a fundamentação.

Ao revés, a repercussão geral reflete um elemento de exclusão, sendo exigível para qualquer apelo extraordinário. Dessa forma, o *novel* instituto visa pôr fora do conhecimento da Suprema Corte as causas que assim não se caracterizem, aprimorando a atividade judicante do STF como Corte Constitucional. Sua análise ocorre em sessão pública, com decisão motivada, em respeito aos princípios constitucionais vigentes (art. 5, inciso LX e art. 93, inciso IX, ambos da Constituição Federal), dando-se ciência ao recorrente do motivo de inadmissão do seu recurso extraordinário.

⁵ O autor reflete que “não faz sentido que o Pretório Excelso perca o seu tempo (e o do País) julgando causas que não têm qualquer relevância nacional, verdadeiras brigas de vizinhos, como fazia antes da EC 45/2004”.

⁶ “(...) Ultrapassada a barreira de conhecimento do especial, o STJ exerce, como qualquer outro órgão investido do ofício judicante, o controle difuso (...) Descabe confundir a impossibilidade de conhecer-se do recurso especial por infringência à Carta da República com a atuação inerente aos órgãos julgadores, voltada ao controle de constitucionalidade, considerado o caso concreto”. Supremo Tribunal Federal. AI 223.494 AgR/MS, rel. Min. Marco Aurélio, Julgamento: 15/12/2008.

⁷ Há patente paralelismo entre a repercussão geral e o *writ of certiorari* norte-americano, através do qual a Suprema Corte daquele país, discricionariamente, seleciona os casos de grande significação para a nação, em limitação do quantitativo de processos julgados pelo tribunal em cada ano judiciário. “At the apex of the federal-court system is the Supreme Court of the United States, composed of nine justices (...) Most cases reach the court on discretionary writs of certiorari from the United States Courts of Appeals or the highest courts of the states”. (FRIEDENTHAL, Jack H.; KANE, Mary Kay; MILLER, Arthur R. *Civil Procedure*, 4ª ed., 2005, Thomson - West, St. Paul, p. 6/7).

Destarte, torna-se inafastável reconhecer, ao menos, um grau de semelhança entre os dois institutos, mesmo que a sua criação tenha se dado em contextos distintos: o propósito de contenção do volume excessivo de recursos dirigidos ao STF.

2 – Contornos de Aplicação.

O novo regramento tem aplicação somente aos recursos extraordinários interpostos a partir da vigência da legislação, exatamente em 18 de fevereiro de 2007 (art. 4 da lei 11.418/06), deixando de fora de tal sistemática os recursos então pendentes. Ainda, sendo específico do apelo extraordinário, não se cogita de qualquer extensão de sua imprescindibilidade para o recurso ordinário perante o STF (art. 102, inciso II da CF), bem como para as espécies recursais dirigidas a outros tribunais superiores.

Tratando-se de um conceito aberto, a delimitação de “repercussão geral” deverá ser construída casuisticamente, conforme interpretação do STF. Evidencia-se a constatação de que o conceito de questão constitucional de repercussão geral não é integralmente mensurável pelo legislador, de forma abstrata e geral, dependendo, assim, da análise das circunstâncias concretas a que está inserida (MARINONI; ARENHART, 2008, p.576).

Entretanto, um parâmetro já foi dado pela legislação como indicador positivo de relevância – substituindo uma expressão genérica por outra de igual qualidade: serão admitidos os recursos extraordinários que tragam matérias constitucionais de repercussão nos planos, por vezes entrelaçados, econômico ⁸, político ⁹, social ¹⁰ ou jurídico ¹¹, cujo

⁸ “Constitucional. Imposto sobre operações financeiras. Incidência sobre transmissão de ações de companhias abertas e das conseqüentes bonificações emitidas. Art. 153, V da CF. Existência de repercussão geral. Questão relevante do ponto de vista econômico e jurídico”. Supremo Tribunal Federal. RE 583.712 RG/SP, rel. Min. Ricardo Lewandowski, Julgamento: 28/08/2008.

⁹ “Constitucional. Eleitoral. Inelegibilidade. Ex-cônjuge de prefeito reeleito. Art. 14, parágrafo 7º da CF. Existência de repercussão geral. Questão relevante do ponto de vista político, social e jurídico”. Supremo Tribunal Federal. RE 568.596 RG/MG, rel. Min. Ricardo Lewandowski, Julgamento: 17/04/2008.

¹⁰ Como parâmetro: sempre que haja discussão de direitos/interesses coletivos, estará presente a repercussão geral. “Constitucional. Ensino superior. Sistema de reserva de vagas (“cotas”). Ações afirmativas. Relevância jurídica e social da questão constitucional. Existência de repercussão geral”. Supremo Tribunal Federal. RE 597.285 RG/RS, rel. Min. Ricardo Lewandowski, Julgamento: 17/09/2009.

¹¹ Haverá repercussão geral ante a existência de um grande número de processos envolvendo determinada questão constitucional, cabendo ao STF orientar e padronizar o seu julgamento. “Constitucional. Competência

interesse ultrapasse o caso individual, transcendendo¹² os limites subjetivos da causa (art. 543-A, parágrafo 1º CPC). Isso significa que a questão constitucional deverá refletir uma perturbação geral na comunidade, fora do processo¹³.

Ainda, todas as matérias sumuladas (ainda que não vinculantes) ou reiteradamente tratadas pelo STF têm repercussão geral (art. 543-A, parágrafo 3º CPC), já que possuem relevância jurídica. Cuida-se de mais uma faceta da tendência de valorização de precedentes jurisdicionais, o que não surpreende, pois o STF possui o papel de uniformizar a interpretação da Constituição, criando paradigmas. De fato, até um caráter pedagógico, aos diversos órgãos do Judiciário, pode ser extraído deste propósito de acolhimento generalizado dos seus precedentes.

3 – Processamento.

Para melhor compreensão o tema, torna-se inevitável recordar que os recursos excepcionais estão sujeitos a um juízo de admissibilidade desdobrado ou bipartido. Assim é que, interposto o recurso, o tribunal de origem analisará previamente os pressupostos recursais, remetendo os autos ao tribunal superior para um juízo definitivo de admissibilidade, quando será analisada, então, a presença da repercussão geral.

3.1 – Perante o tribunal de origem.

para julgamento de conflito de competência entre Juizado Especial Federal e Juízo Federal. Relevância jurídica da questão constitucional. Existência de repercussão geral”. Supremo Tribunal Federal. RE 562.051 RG, rel. Min. Cezar Peluzo, Julgamento: 14/04/2008.

¹² O critério também não é inovador. Art. 896-A da Consolidação das Leis do Trabalho. “O Tribunal Superior do Trabalho, no recurso de revista, examinará previamente se a causa oferece transcendência com relação aos reflexos gerais de natureza econômica, política, social ou jurídica”.

¹³ “Recurso. Extraordinário. Prisão Civil. Inadmissibilidade reconhecida pelo acórdão impugnado. Depositário infiel. Questão da constitucionalidade das normas infraconstitucionais que prevêm a prisão. Relevância. Repercussão geral reconhecida. Apresenta repercussão geral o recurso extraordinário que verse sobre a questão de constitucionalidade das normas que dispõem sobre a prisão civil de depositário infiel”. Supremo Tribunal Federal. RE 562.051 RG, rel. Min. Cezar Peluzo, Julgamento: 14/04/2008.

Naturalmente, caberá ao recorrente demonstrar a existência da repercussão geral da questão constitucional por ele suscitada, em preliminar (MANCUSO, 2007, p. 2008)¹⁴ do recurso extraordinário (art. 543-A, parágrafo 2º do CPC), interposto perante o presidente ou vice-presidente do tribunal recorrido (art. 541 do CPC).

Cabe frisar, aliás, que o recurso extraordinário deverá conter um capítulo sobre a repercussão geral, sob pena de ausência objetiva de um requisito indispensável da peça recursal, implicando no reconhecimento de sua inépcia, no próprio juízo de admissibilidade realizado pelo órgão jurisdicional *a quo*¹⁵.

Malgrado não possa valorar o mérito recursal sobre a existência de repercussão geral da questão constitucional¹⁶, o tribunal de origem, quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, deverá selecionar alguns destes, que melhor representem a matéria objeto da controvérsia¹⁷, e encaminhá-los ao STF, detendo os demais até o pronunciamento definitivo da Corte (art. 543-B, parágrafo 1º do CPC) – sem olvidar, contudo, da possibilidade de concessão de efeito suspensivo ao recurso

¹⁴ Fica consignado que a questão da repercussão geral “não é prejudicial de mérito porque não determina (condição subordinante) o conteúdo do julgamento do recurso extraordinário (decisão subordinada). A ‘repercussão geral’ é um pré-requisito genérico ao juízo de admissibilidade do recurso extraordinário, porém manejável *secundum eventum*”.

¹⁵ “(...) II. Recurso extraordinário: repercussão geral: juízo de admissibilidade: competência. 1. Inclui-se no âmbito do juízo de admissibilidade - seja na origem, seja no Supremo Tribunal - verificar se o recorrente, em preliminar do recurso extraordinário, desenvolveu fundamentação especificamente voltada para a demonstração, no caso concreto, da existência de repercussão geral (CPC, art. 543-A, § 2º; RISTF, art. 327). 2. Cuida-se de requisito formal, ônus do recorrente, que, se dele não se desincumbir, impede a análise da efetiva existência da repercussão geral, esta sim sujeita ‘à apreciação exclusiva do STF’ (Art. 543-A, § 2º). (...)”. Supremo Tribunal Federal. AI 664.567 QO, rel. Min. Gilmar Mendes, Julgamento: 18/06/2007.

¹⁶ A própria utilização do vocábulo “Tribunal”, em maiúsculo, no art. 102, parágrafo 3º da CF, denota referência ao STF. Tal aspecto semântico pode ser contrastado pela invariável utilização pelo texto magno de “tribunal” ao se referir aos tribunais não superiores (como exemplo: art. 125, parágrafo 1º da CF).

¹⁷ Se o tribunal de origem não lograr êxito em evidenciar a existência de processos similares, o respectivo recurso deverá ter processamento regular, com a exclusão da chancela de recurso representativo da controvérsia, incidindo todos os consectários lógicos desta decisão. Sendo certo que tal mecanismo de retenção recursal já foi estendido ao recurso especial (art. 543-C do CPC, acrescentado pela lei 11.672/08), sua aplicação também serve como parâmetro: “Tributário. Processual Civil. Recurso especial admitido como representativo da controvérsia na origem (...) A matéria discutida neste processo refere-se a situação específica e, em razão das peculiaridades do caso, não pode ser considerada como representativo da controvérsia. Frise-se que o despacho do Tribunal de origem não logrou evidenciar a existência de processos similares a este a justificar a sua submissão ao rito do artigo 543-C do CPC. (...)”. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.157.097/AM, rel. Min. Benedito Gonçalves, Julgamento: 09/03/2010.

extraordinário (art. 497 do CPC), quando sobrestados na origem (art. 543-B, parágrafo 1º, *in fine*, do CPC) ¹⁸.

Fica então permitido o chamado julgamento por amostragem pelo STF, notadamente daqueles recursos representativos da controvérsia, para que, quando realizado o pronunciamento categórico sobre a questão, fixando uma tese jurídica em geral, todos os demais recursos sobrestados na origem tenham o mesmo destino daqueles que foram previamente destacados (art. 543-B, parágrafos 2º, 3º e 4º do CPC). Prestigia-se, portanto, a outorga de unidade ao direito, nos termos da manifestação de tribunal superior ¹⁹.

Logo, tem-se que, para a rejeição de um recurso extraordinário “não-relevante”, a atuação do tribunal *a quo* está cingida à hipótese em que já houver manifestação do STF no sentido de que a questão constitucional é desprovida de repercussão geral ²⁰.

Uma dúvida aparenta surgir quando o acórdão que se pretende recorrer tiver duplo fundamento, federal e constitucional, o que torna imprescindível a impugnação do aresto pelo recorrente por meio de duas vias, especial e extraordinária (art. 543 do CPC), já tendo o STF se manifestado, porém, pela inexistência de repercussão geral da questão constitucional. Nesse caso, diante do irremediável “descabimento” do recurso extraordinário, defende-se que a instância especial não poderá ser suprimida, cabendo uma

¹⁸ “Questão de ordem. Ação cautelar. Recurso extraordinário. Pedido de concessão de efeito suspensivo e o sobrestamento, na origem, em face do reconhecimento de repercussão geral pelo STF. (...) Compete ao tribunal de origem apreciar ações cautelares, ainda que o recurso extraordinário já tenha obtido o primeiro juízo positivo de admissibilidade, quando o apelo extremo estiver sobrestado em face do reconhecimento da existência de repercussão geral da matéria constitucional nele tratada (...)”. Supremo Tribunal Federal. AC 2.177 MC-QO/PE, rel. Min. Ellen Gracie, Julgamento: 12/11/2008.

¹⁹ Não se acatará, por conseguinte, determinada pretensão do recorrente em prol unicamente do seu interesse individual, como a desistência do recurso representativo da controvérsia, com o fito de obstar que o tribunal firme uma orientação quanto à questão idêntica de direito existente em múltiplos recursos. Socorre-se, mais uma vez, da jurisprudência do STJ, em interpretação limitadora da faculdade prevista no art. 501 do CPC: “Processo Civil. Questão de Ordem. (...) 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. (...)”. Superior Tribunal de Justiça. QO no REsp 1.063.343/RS, rel. Min. Nancy Andrighi, Julgamento: 17/12/2008.

²⁰ Art. 328-A do Regimento Interno do STF. “Nos casos previstos no art. 543-B, caput, do CPC, o Tribunal de origem não emitirá juízo de admissibilidade sobre os recursos extraordinários já sobrestados, nem sobre os que venham a ser interpostos, até que o STF decida os que tenham sido selecionados nos termos do parágrafo 1º daquele artigo”.

releitura, inclusive pelo tribunal de origem, do verbete 126 das súmulas do STJ ²¹, sob pena de afronta ao acesso à justiça, garantido constitucionalmente (art. 5, inciso XXXV CF).

Noutro giro, uma diversa problemática reside quando houver equívoco pelo tribunal de origem na aplicação da decisão relativa à repercussão geral em casos outros. O perigo é a utilização analógica de precedentes firmados pela repercussão geral, em hipóteses similares, mas não idênticas.

Nessa situação, já se decidiu pelo descabimento do agravo de instrumento, com demonstração de desinteresse recursal, diante da norma de prejudicialidade firmada anteriormente pelo STF. Aliás, do contrário, haveria a retomada de remessa individual de processos à Corte Suprema, confrontando a lógica instituída pela repercussão geral, no sentido de uma única análise da questão constitucional ²².

Realmente, um crescente número de agravo de instrumentos poderá deturpar o sentido do *novel* instituto. Não se pode pretender corrigir um problema criando outros. Assim, seguindo tal raciocínio, resta imputada a parte resolver seu litígio junto ao tribunal de origem, através do agravo regimental contra a decisão monocrática proferida.

No entanto, a solução ainda padece de questionamentos, sobretudo quanto ao cabimento do agravo regimental interposto contra decisão de presidente ou vice-presidente em sede de juízo de prelibação, em aparente contrariedade à competência absoluta do STF para o tema (art. 102, parágrafo 3º da Constituição Federal) ²³. Ainda, a comentada solução dada pelo STF (AI 760.358/SE) ainda prevê a impetração de mandado de segurança quando

²¹ “É inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficientes, por si só, para mantê-lo e a parte vencida não manifesta o recurso extraordinário”.

²² “(...) Entendeu-se que o agravo de instrumento dirigido ao Supremo não seria o meio adequado para que a parte questionasse decisão de tribunal a quo que julga prejudicado recurso nos termos do art. 543-B, parágrafo 3º, do CPC. Não obstante, tendo em conta a ausência de outro meio eficaz, e salientando a importância de uma rápida solução para a questão, considerou-se que, no caso, tratando-se de decisão monocrática, o agravo regimental poderia ser utilizado, a fim de que o próprio tribunal de origem viesse a corrigir equívoco de aplicação da jurisprudência do Supremo. AI 760.358 QO/SE, rel. Min. Gilmar Mendes, 19/11/2009”. Supremo Tribunal Federal. Informativo nº 568, de 16 a 20 de novembro de 2009.

²³ “Processo Civil. Agravo Regimental. A decisão que, na forma do artigo 328-A, da Emenda Regimental nº 23, de 2008, do STF, julga prejudicado o agravo de instrumento interposto contra a decisão que nega seguimento a recurso extraordinário não pode ser contrastada no âmbito do STJ; trata-se de decisão proferida no exercício de jurisdição delegada pelo STF, de modo que só este pode reformá-la. Agravo regimental não conhecido”. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AgRE no RE no AgRg no Ag 1.036.701/RJ, rel. Min. Ari Pargendler, Julgamento: 16/09/2009.

uma decisão colegiada inadmitir a subida do recurso extraordinário, diante de suposto equívoco na aplicação da repercussão geral da questão constitucional. Com efeito, o entendimento de que a controvérsia deverá ser resolvida no tribunal de origem pode trazer outras complicações, pois a eventual denegação do *mandamus*, conforme o caso, estará sujeita ao ataque de recurso ordinário (art. 105, inciso II, alínea “b” da Constituição Federal), imputando ao STJ apreciar questão relacionada ao mérito da repercussão geral, novamente em contrariedade à mencionada competência constitucional.

Importa retirar uma ilação, porém: a preocupação em proteger a eficácia dos novos mecanismos não pode servir para fechar as portas do STF, como se houvesse uma abdicação de parcela de sua autoridade e competência. Nesses casos, em que haja fundada dúvida sobre os contornos da repercussão geral, sobretudo na aplicação a casos similares, deverá se permitir um meio para releitura do julgado magno, para saber se a questão constitucional do caso individual está adequada ao *leading case*. Se a disparidade não se confirmar, deverá ser utilizado o instituto da litigância de má-fé, com severidade (GRECO, 2005, p. 315), diante do abuso de direito na interposição de recursos protelatórios, tornando-os desvantajosos.

3.2 – Perante o STF.

Deixando claro que a rejeição da repercussão geral somente poderá se dar por voto de 2/3 dos onze membros do STF, através de manifestação plenária (art. 102, parágrafo 3º da CF)²⁴, passa-se a analisar o seu processamento.

A questão da repercussão geral deve ser analisada posteriormente ao juízo de admissibilidade realizado no STF²⁵. Restará presumida a existência de repercussão geral quando já houver anterior reconhecimento positivo pelo próprio STF, bem como quando o

²⁴ Chega-se ao quantitativo numérico de sete vírgula trinta e três, sendo o primeiro número inteiro acima igual a oito, o que reflete quórum superior ao de maioria absoluta (sete votos na Corte Suprema).

²⁵ Art. 323 do Regimento Interno do STF. “Quando não for o caso de inadmissibilidade do recurso por outra razão, o(a) Relator(a) submeterá, por meio eletrônico, aos demais ministros, cópia de sua manifestação sobre a existência ou não, de repercussão geral”. O raciocínio é lógico, em prol da economia processual, evitando, pois, a dispendiosa análise da repercussão geral de um recurso extraordinário deserto, ou mesmo intempestivo, por exemplo. Assim, aplicar-se-á o art. 557 do CPC previamente à apreciação da repercussão geral.

recurso impugnar decisão que contrarie súmula ou jurisprudência da Corte Suprema, quando o relator poderá decidir monocraticamente, sendo prescindível qualquer comunicação com os demais ministros (art. 323, parágrafo 1º do RISTF).

Distante de tais hipóteses, ao relator caberá submeter a sua manifestação, via *email*²⁶, aos demais ministros, que terão o prazo de vinte dias para divulgarem, também por meio eletrônico, sua decisão quanto ao tema (art. 324 do RISTF). O decurso do prazo sem manifestações suficientes importa no reconhecimento presumido da existência de repercussão geral (art. 324, parágrafo 1º do RISTF) e, conseqüentemente, no julgamento do recurso.

Se a Turma decidir pela existência de repercussão geral, por no mínimo quatro votos – estando ultrapassado, portanto, o quórum mínimo constitucional para declarar a ausência de repercussão –, ficará dispensada a remessa do recurso ao Plenário (art. 543-A, parágrafo 4º do CPC). Mais uma vez, o referido incidente se encerrará no âmbito da Turma, cuja competência, para tal valoração, está restrita a um juízo positivo de admissibilidade.

Assim, não havendo quatro votos positivos, porém, o recurso será remetido ao Plenário, onde somente será declarada a ausência de repercussão geral, por voto de oito ministros (art. 102, parágrafo 3º da CF). O STF deverá, notadamente, explicitar a respectiva *ratio decidendi*, sendo irrecurável²⁷ a decisão de inexistência da repercussão geral (art. 543-A, *caput* do CPC c/c art. 326 do RISTF).

Cumprindo a aspiração da reforma preconizada, a negação de repercussão geral gerará eficácia vinculante para todos os recursos ainda pendentes de apreciação, com matéria idêntica, que serão, assim, indeferidos liminarmente, ressalvada a revisão da tese (art. 543-A, parágrafo 5º do CPC). Outorga-se aos tribunais de origem a possibilidade de

²⁶ A utilização do meio eletrônico guarda compatibilidade com a nova sistemática processual, nos termos do art. 154, parágrafo 2º do CPC.

²⁷ Resguarda-se o cabimento de embargos de declaração para suprir eventual vício da decisão negatória de repercussão geral, que buscou preencher um conceito vago, sem contar a proeminente irradiação de seus efeitos em outros recursos. O suporte da assertiva escora-se nos princípios da inafastabilidade da tutela jurisdicional e motivação das decisões judiciais. Ademais, de outro modo, afastando-se a natureza recursal dos embargos de declaração, a despeito da normatividade vigente e do princípio da taxatividade (art. 496, inciso IV do CPC), como leciona renomada doutrina, facilitada estará à defesa do que ora se expõe.

negar seguimento ao recurso extraordinário carente de repercussão geral, se assim se pronunciou previamente o STF, nos moldes procedimentais assinalados.

Entretanto, é imperioso destacar a possibilidade de intervenção de *amicus curiae* (art. 543-A, parágrafo 6º do CPC), ampliando os mecanismos de participação da sociedade no processo, o que acentua o caráter democrático, para dar mais legitimidade àquela decisão judicial que se pretende atribuir um caráter transcendente, até porque o “colaborador do tribunal” não atua com interesse de agir vinculado ao do recorrente.

Adicionalmente, como mencionado, foi incluída uma ferramenta que serve para bloquear processos repetitivos logo quando o tema é admitido no STF, antes da análise sobre a repercussão geral (art. 543-B, parágrafo 1º do CPC c/c art. 328 do RISTF). Em demonstração da remodelagem do controle difuso de constitucionalidade, diante da incidência da decisão de mérito pacificadora pela Corte Suprema em face de processos múltiplos, sobrestados ou não, apura-se a utilização do referido *leading case* para a solução de processos que versem sobre questão constitucional idêntica.

A adoção da sistemática da coletivização atua para ampliar o acesso ao Judiciário, pois a orientação firmada no caso concreto representativo da controvérsia repercutirá tanto no plano individual, resolvendo o litígio entre as partes, quanto na esfera coletiva, dando norte aos julgamentos dos múltiplos recursos que discutam idêntica questão de direito ²⁸.

Nesses termos, os demais tribunais do país, devidamente oficiados ou comunicados, ficam impedidos de enviar novos processos à Corte Suprema que discutam a questão

²⁸ A solução de casos de forma coletiva, de forma a conter a sangria das ações individuais, apresenta-se como solução essencial para que os escopos do processo, mormente a pacificação social, sejam alcançados. Já se entendeu, inclusive, pela suspensão das ações individuais até o julgamento de ação coletiva atinente à mesma macro-lide geradora de tais processos multitudinários, em conformidade com o art. 543-C do CPC, referente aos recursos repetitivos. Nessa hipótese, para identificar a macro-lide multitudinária, será levada em consideração apenas o capítulo principal substancial do processo coletivo, e não acidentalidades de cada processo individual, sob pena de levar à ineficácia do sistema. “Recurso repetitivo. Processual Civil. Recurso Especial. Ação coletiva. Macro-lide. Correção de saldos de caderneta de poupança. Sustação de andamento de ações individuais. Possibilidade. 1.- Ajuizada ação coletiva atinente a macro-lide geradora de processos multitudinários, suspendem-se as ações individuais, no aguardo do julgamento da ação coletiva. 2.- Entendimento que não nega vigência aos arts. 51, IV e § 1º, 103 e 104 do Código de Defesa do Consumidor; 122 e 166 do Código Civil; e 2º e 6º do Código de Processo Civil, com os quais se harmoniza, atualizando-lhes a interpretação extraída da potencialidade desses dispositivos legais ante a diretriz legal resultante do disposto no art. 543-C do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei dos Recursos Repetitivos (Lei n. 11.672, de 8.5.2008). 3.- Recurso Especial improvido”. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.110.549/RS, rel. Min. Sidnei Beneti, Julgamento: 28/10/2009.

suscetível de reproduzir-se em múltiplos feitos (art. 328 do RISTF), podendo os respectivos ministros do STF, ainda, promover a devolução à origem daqueles casos repetitivos que estiverem em seus gabinetes (art. 328, parágrafo único do RISTF). Note-se que o represamento poderá ser efetivado por ato do presidente do tribunal local ou pelo próprio STF, por ato de seu presidente ou relator.

Se negada a repercussão geral pelo STF, todos os recursos sobrestados na origem serão automaticamente inadmitidos (art. 543-B, parágrafo 2º do CPC). Por outro lado, se a repercussão geral for reconhecida, o STF julgará o mérito do recurso. Nesse caso, todos os julgados recorridos, que estavam sobrestados, se estiverem em conformidade ao que decidiu o STF, serão declarados prejudicados pelo órgão jurisdicional local. Ao revés, sendo constatada a contradição entre a decisão proferida na instância ordinária, que foi objeto de recurso, e a decisão de mérito do recurso extraordinário proferida pelo STF, será aberta a oportunidade para um juízo de retratação ²⁹ pelo órgão jurisdicional local, mormente para alterar seu posicionamento, conformando-se com a decisão da Corte Suprema (art. 543-B, parágrafo 3º do CPC ³⁰) (ARAÚJO, 2008, p. 178/179) ³¹. Persistindo posição contrária, poderá o STF cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão oposto à orientação firmada (art. 543-B, parágrafo 4º do CPC).

4 – Considerações finais.

²⁹ Entende-se pela introdução de mais uma exceção ao art. 463 do CPC, aliando-se as hipóteses previstas no art. 285-A e 296, ambos do CPC.

³⁰ “1) Multiplicidade de recursos extraordinários. Tema repetitivo. Recurso paradigma com entendimento divergente daquele adotado por esta Câmara. Autos baixados para reexame do acórdão. Inteligência do art. 543-B, § 3º, do CPC. 2) Restou assentado pelo STF que o salário base do servidor público pode ser inferior a um salário mínimo, desde que a remuneração total não o seja. 3) Enquadrando-se o caso dos autos nesta situação, resta adotar o entendimento fixado pelo STF, guardião mor da Carta Magna. 4) Juízo de retratação positivo. Reconsideração do acórdão anterior, para negar provimento ao recurso de apelação. Decisão unânime”. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível 2008.001.48802, 4ª Câmara Cível, rel. Des. Paulo Maurício Pereira, Julgamento: 20/10/2009.

³¹ Lembra o autor que houve um redimensionamento da competência que era exclusiva do STF (art. 102, inciso III da CF), pois a redação do dispositivo aparenta consagrar não só um juízo de admissibilidade pelo tribunal ou turma recursal de origem, mas acaba por garantir indiretamente um juízo de mérito aos recursos extraordinários então sobrestados pelos próprios órgãos locais, pairando dúvida sobre a constitucionalidade do comentado dispositivo: “Ao retratar e adaptar a decisão – em tese imutável para o órgão julgador (art. 463 do CPC) – estando interposto o RE, não seria um indireto provimento do RE no tribunal local?”.

É impensável afirmar a existência de uma justiça infalível, sem contar a dificuldade para que seja em todo tempo tempestiva. Assim, longe de projetos utópicos, distantes de nossa fria realidade, a cogitação de medidas que calculadamente reduzam a sobrecarga de feitos no STF, viabilizando julgamentos, notadamente sobre as questões mais relevantes de nosso País, demonstra-se acertada.

Diante do novo pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário, aprimora-se o próprio sistema de controle de constitucionalidade pátrio, sabidamente misto, com a aproximação dos modelos difuso e concentrado, neste particular de vinculação obrigatória da decisão da Corte Suprema, sem análise de um litígio concreto. É a transformação (e “objetivação”) deste recurso excepcional, que, a despeito de constituir um instrumento do controle difuso de constitucionalidade, acaba servindo, também ao controle abstrato (DIDIER JR.; CUNHA, 2006, p. 228).

Torna-se claro, por outra linha, que a própria figuração do STF como última instância do controle difuso de constitucionalidade restará atenuada, causando temor aos mais conservadores. É que estará inviabilizada, assim, a análise pela Corte Suprema, através de recurso extraordinário, de um *error in iudicando*, por mais flagrante que o seja, da matéria constitucional carente de repercussão geral.

No entanto, os riscos devem ser sopesados, para que a falta de manifestação da Corte Suprema sobre questões constitucionais sem repercussão geral, em demandas intersubjetivas, constitua um custo tolerável de outros proveitos certos, como a celeridade e efetividade (DINAMARCO, 1996, p. 191)³². Não se prega o abandono da qualidade em prol da quantidade, proveniente de uma política judiciária de cega eficiência, mas uma análise isenta e responsável do patente desalento do jurisdicionado com a prestação jurisdicional tardia e desigual, para concluir pela sensatez da reforma havida.

³² Apesar de remota, a construção do autor está amoldada ao fim aqui proposto, ao salientar que é inerente a vida de todo processo um sistema de certezas, probabilidades e riscos, a serem equilibrados mediante a oferta de meios corretivos dos erros que porventura se cometam. Referia-se à possibilidade de julgamento monocrático pelo relator, além da sujeitabilidade da decisão ao recurso de agravo interno.

Vale a reflexão palpável oriunda das estatísticas, extraídas após a reforma em comento, que nos demonstram que o STF recebeu de janeiro até novembro de 2009, 78.369 processos – efetuando o julgamento de 85.924 feitos, em superávit –, numa redução de algo em torno de 39% no número de processos distribuídos, na comparação com o ano de 2006, antes citado.

Além disso, em consideração ao postulado da segurança jurídica, a tendência é que a acumulação de precedentes, além da coerência detectada entre os sucessivos pronunciamentos sobre a aplicação do mecanismo constitucional da repercussão geral, leve à melhor compreensão do instituto, disciplinando a previsibilidade, ou não, dos recursos dessa espécie, conforme as circunstâncias particulares dos litígios (THEODORO JR., 2008, p. 933).

A sedimentação mais ampla do referido filtro constitucional, selecionando as questões que efetivamente demandam debate mais profundo pela Corte Constitucional, e a seguinte verticalização de entendimentos magnos, salientará, assim mesmo, o redefinido e proeminente papel do órgão supremo perante os seus jurisdicionados.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, José Henrique Mouta. *A Eficácia da Decisão envolvendo a Repercussão Geral e os Novos Poderes dos Relatores e dos Tribunais Locais*. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP, ano 2, volume II. Rio de Janeiro, Janeiro a Dezembro de 2008, p. 163/180. Disponível em: < <http://www.redp.com.br> >, acesso em 16 de dezembro de 2009.

ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*. São Paulo: Ed. RT, 2007.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*, vol. II, 14^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*, volume 3. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma do Código de Processo Civil*, 3ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 1996.

FRIEDENTHAL, Jack H.; KANE, Mary Kay; MILLER, Arthur R. *Civil Procedure*, 4ª ed., 2005, Thomson - West, St. Paul.

GRECO, Leonardo. *A Falência do Sistema de Recursos*. In: *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de Conhecimento*, 7ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2008.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*, 10ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2007.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual – Nona Série*. São Paulo: Saraiva, 2007.

PINTO, Nelson Luiz. *Manual dos Recursos Cíveis*. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. *Comentários à reforma do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O Poder de Controle do Cabimento do Recurso Extraordinário referente ao Requisito da Repercussão Geral (CF, art. 102, § 3.º)*. In: *Os Poderes do Juiz e o Controle das Decisões Judiciais. Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. José Miguel Garcia Medina *et al.* (coord.). São Paulo: Editora RT, 2008.

TUCCI, Jose Cruz e. *Anotações sobre a Repercussão Geral como pressuposto de admissibilidade do Recurso Extraordinário – Lei 11.418/2006*. *Revista de Processo*, nº 145, ano 32, marco-2007.

VENTURI, Elton. *Anotações sobre a Repercussão Geral como Pressuposto de Admissibilidade do Recurso Extraordinário*. In: *Os Poderes do Juiz e o Controle das Decisões Judiciais. Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. José Miguel Garcia Medina *et al.* (coord.). São Paulo: Editora RT, 2008.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil*. São Paulo: Ed. RT, 2007.

**REPENSANDO A PENHORA EM EXECUÇÃO FISCAL CONTRA O
FALIDO**

***THINKING ABOUT THE JUDICIAL PATRIMONY CONSTRICTION ON
FISCAL ACTION AGAINST THE INSOLVENT***

Gustavo Henrique de Almeida

*Mestrando em Direito Empresarial (FUIT-MG);
Especialista em Direito Empresarial (UGF-RJ); Pós-
graduado em Direito Privado (UCAM-RJ); Advogado.*

Resumo: Trata-se de estudo analítico referente à penhora realizada antes do decreto de falência contra devedor empresário no campo dos processos de execuções fiscais. O presente trabalho tem o objetivo de sustentar a importância da empresa e de sua preservação como elementos embasadores para desconstituir a penhora dos bens do empresário insolvente. A proposta feita tende a superar o entendimento consolidado nos tribunais, especialmente no Superior Tribunal de Justiça, pelo método analítico-propositivo, que conduz à conclusão de se permitir a desconstituição da penhora realizada nas varas de execução fiscal contra o empresário falido.

Palavras-Chave: Execução fiscal, penhora, preservação da empresa.

Abstract: This is an analytical study on the pledge made before the decree of bankruptcy against the debtor entrepreneur in the field of tax foreclosure proceedings. The present article aims to support the importance of the company and their preservation, as part deconstitutes foundation for the judicial constriction of property of the insolvent employer. The proposal made tends to overcome the understanding consolidated in the courts, especially in the Superior brasilian Court of Justice for the propositional and

analytical method, which leads us to the conclusion that we should allow the attachment deconstitution of the judicial constriction in a execution against the bankrupt entrepreneur.

Keywords: Fiscal action, judicial constriction, preservation of the company.

1. Introdução

A necessidade de se conservar a empresa alimenta discussões em diversas oportunidades nas quais a preservação da atividade empresária se vê ameaçada, seja em razão da aplicabilidade de outro princípio no caso concreto, ou mesmo em virtude da indiscriminada aplicação de dispositivos legais em detrimento da norma principiológica aludida.

Questiona-se a possibilidade de colisão entre o princípio da preservação da empresa e os dispositivos da Lei de Execuções Fiscais quando há bem de empresário penhorado em execução fiscal antes da sentença que decreta a quebra deste. O questionamento nasce a partir do entendimento dominante no STJ de que ajuizada a execução fiscal anteriormente à falência, com penhora realizada antes desta, não ficam os bens penhorados sujeitos à arrecadação no juízo falimentar. Surge, então, um problema que consiste em saber se nesses mencionados casos resta ferido o princípio da preservação da empresa, por não ser possível alienar o conjunto patrimonial do falido em bloco para um arrematante que queira continuar a atividade.

Antes de se adentrar no mérito do problema, torna-se oportuno elucidar como ocorre o processo de execução fiscal e a penhora nele realizada, de modo que se possa tratar com clareza do entendimento que se firmou no Superior Tribunal de Justiça e, então, abordar a questão da manutenção da empresa e a desconstituição da penhora em execução fiscal contra o falido.

Sendo assim, cabe elucidar que a dívida ativa que qualquer devedor possua junto ao

Estado tanto relativamente aos créditos tributários, quanto os créditos não-tributários,¹ quando não paga, pode ser cobrada por meio de um processo judicial denominado execução fiscal. A inadimplência relativa à dívida ativa enseja um procedimento que se inicia diretamente na fase executória, sendo o executado citado para, no prazo de cinco dias, pagar a dívida constante da certidão,² com os juros e multa de mora e encargos indicados na certidão de dívida ativa, ou garantir a execução.

A Lei n. 6.830/80, de 22 de setembro de 1980, constitui a norma que rege a execução fiscal no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro. Referida Lei trata da satisfação forçada de créditos da Fazenda Pública de forma distinta de outras execuções de quantia certa previstas na legislação processual brasileira, sendo o foco da demanda executiva fiscal a celeridade e a agilidade do processo promovido pela Fazenda.³

Característica da Lei de Execuções Fiscais, os privilégios para a Fazenda Pública nela consubstanciados, de tantos e tão exagerados, chamam a atenção da doutrina, a ponto de se afirmar que em prol da Fazenda existem favores extremos que chegam, em vários momentos, a repugnar à tradição jurídica do direito brasileiro.⁴ Araken de Assis argumenta que “anima o Estado brasileiro, às vezes, um profundo espírito caviloso, que avulta no tratamento diferenciado conferido, de um lado, ao crédito da Fazenda Pública, e, de outro, ao crédito contra a Fazenda”⁵.

Não obstante aos privilégios que a doutrina aponta, a ineficiência do processo de execução fiscal é incomensurável. Kiyoshi Harada destaca alguns pontos que revelam a inutilidade do processo executório, cuja transcrição se faz oportuna:

a) o número de execuções fiscais ajuizadas corresponde a mais de 50% dos processos judiciais, em geral, em curso no âmbito do Poder Judiciário, sendo que no âmbito da Justiça Federal essa proporção é de 38,8%;

¹ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 1079.

²ASSIS, Araken de. *Manual do processo de execução*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 185.

³THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Lei de execução fiscal: comentários e jurisprudência*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 3.

⁴THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Lei de execução fiscal: comentários e jurisprudência*, p. 4.

⁵ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, p. 1066.

b) os dados de 2005 revelam que a taxa média de encerramento de controvérsias em relação às novas execuções fiscais ajuizadas é inferior a 50% e apontam um crescimento de 15% de estoque de execuções em 1ª instância na Justiça Federal, havendo uma taxa de congestionamento médio de 80% nos julgamentos de 1ª instância;

c) existem 2,5 milhões de execuções judiciais no âmbito da Justiça Federal, com baixíssima taxa de impugnação, seja por meio de embargos, seja por meio de exceção de pré-executividade;

d) no âmbito da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, enquanto o processo administrativo tributário leva em média 4 anos, a execução judicial leva 12 anos para findar;

e) menos de 1% do estoque de dívida ativa da União de R\$ 400 bilhões (R\$ 600 bilhões se incluída a da Previdência Social) ingressam aos cofres públicos por via de execução fiscal, bem menos do que o percentual alcançado por medidas de parcelamento (REFIS, PAES e PAEX);

f) considerados os valores sob execução judicial e os que estão sob discussão administrativa, a dívida ativa da União atinge a cifra de R\$ 900 bilhões, ou seja, 1,5 vezes a estimativa de receita da União para o exercício de 2006.⁶

Infere-se dessas informações que o processo de execução fiscal, além de emperrar o Poder Judiciário, consiste em um instrumento de privilégios para o ente fazendário que, não obstante, é ineficaz.

Um dos privilégios consagrados pela legislação em comento consiste na exclusão da execução dos créditos fazendários dos juízos universais, ou seja, uma das preocupações da norma contida no art. 5º da Lei n. 6.830/80 é a de liberar a Fazenda da sujeição a todo e qualquer juízo universal,⁷ dentre os quais se destaca o juízo universal da falência. Desse modo, a competência para apreciar a execução fiscal não se altera em caso de decretação de

⁶HARADA, Kiyoshi. A penhora como pré-requisito da execução fiscal. *Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor*, Porto Alegre, n. 6, p. 6-10, ago./set. 2007. p. 5-6.

⁷THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Lei de execução fiscal: comentários e jurisprudência*, p. 73.

quebra.⁸

Havendo regra expressa no sentido de que o foro da execução fiscal se mantém em face de juízos universais, em especial o da falência, sobrevindo decisão judicial que decreta a quebra do devedor empresário, a execução promovida pelo ente fazendário continuará no foro onde se encontrava antes da decretação falencial.

O processo de execução fiscal não será alterado ou mesmo paralisado em virtude da falência do devedor executado. A execução fiscal seguirá o seu curso até a alienação dos bens penhorados nas varas de Execuções Fiscais. Frise-se que a alienação dos bens ocorre se houver penhora realizada antes da sentença de quebra, pois, caso não haja penhora realizada e sobrevenha sentença decretatória de falência, qualquer eventual penhora deve ser feita no rosto dos autos do processo falimentar.⁹

Em suma, havendo penhora promovida pela Fazenda antes da sentença falimentar, os bens são alienados e o produto da arrematação é entregue ao juízo falimentar, que pagará aos credores, inclusive à Fazenda, segundo o rol de preferência do art. 83, da Lei n. 11.101/05.

Esse é o entendimento majoritário nos tribunais, especialmente o Superior Tribunal de Justiça, que decorre de uma antiga súmula, de n. 44, do extinto Tribunal Federal de Recursos, cuja transcrição do teor ora se faz necessária:

Ajuizada a execução fiscal anteriormente à falência, com penhora realizada antes desta, não ficam os bens penhorados sujeitos à arrecadação no juízo falimentar; proposta a execução fiscal contra a massa falida, a penhora far-se-á no rosto dos autos do processo da quebra, citando-se o síndico.¹⁰

Em virtude do entendimento do Superior Tribunal de Justiça relativamente às normas contidas nos arts. 5º e 29, da Lei n. 6.830/80 de liberar a Fazenda Pública da sujeição a todo e qualquer juízo universal ou coletivo e, conseqüentemente, promover a alienação dos bens penhorados antes da falência naquele foro, a arrecadação que o

⁸ ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, p. 1087.

⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Lei de execução fiscal: comentários e jurisprudência*, p. 4.

¹⁰ LOPES, Bráulio Lisboa. *Aspectos tributários da falência e recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 118.

administrador judicial da falência deve fazer no juízo falimentar, apurando-se todos os bens do falido, não contemplará o bem ou os bens penhorados nas varas de execuções fiscais.

Por outro lado, a lei falimentar, prestigiando o princípio da preservação da empresa, prescreve em seu artigo 140, inciso I, que a alienação dos bens arrecadados pelo administrador judicial será realizada prioritariamente mediante a venda dos estabelecimentos empresariais em bloco. Não sendo possível, proceder-se-á à venda dos estabelecimentos das filiais ou unidades produtivas isoladamente. Não sendo viável, passa-se à alienação em bloco dos bens que integram cada um dos estabelecimentos do devedor ou, na última hipótese, à alienação dos bens individualmente considerados.

Diversos autores, de diversos países,¹¹ sustentam que a preservação da empresa no processo falimentar se concretiza por meio da alienação dos bens do falido para um novo empresário destinatário das unidades produtivas, o que estabelece o artigo 140 da Lei n. 11.101/05. Os autores esclarecem por qual razão deve ser vendido o conjunto patrimonial de forma integral como primeira opção. Segundo eles, o motivo reside na conservação da atividade econômica, em respeito ao princípio da preservação da empresa.¹²

Portanto, a alienação do complexo de bens organizados para a atividade empresarial, “trata-se, na realidade, de venda global, ensejadora da preservação da empresa com novo empresário ou sociedade empresária [...]”.¹³

Com tal alienação e com o afastamento dos antigos administradores, pressupõe-se que a empresa possa prosseguir suas atividades em mãos de novos adquirentes.¹⁴

Surge, pois, o problema que consiste em saber se resta violado o princípio da preservação da atividade empresarial caso não ocorra a arrecadação e alienação de bens do falido no juízo universal falimentar que já estejam penhorados em execuções fiscais antes do decreto de quebra, uma vez que não seria possível adquirir o conjunto patrimonial em

¹¹ DÍAZ, Marta Zabaleta. *El principio de conservación de la empresa en la ley concursal*. Navarra: Editorial Civitas, 2006. p. 38.

¹² BERNARDI, Ricardo. Da realização do ativo. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coord.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência: lei 11.101/2005 - artigo por artigo*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 487.

¹³ PACHECO, José da Silva. *Processo de recuperação judicial, extrajudicial e falência: em conformidade com a lei n. 11.101/05 e a alteração da lei n. 11.127/05*, p. 330.

¹⁴ NEGRÃO, Ricardo. *Aspectos objetivos da lei de recuperação de empresas e falências: lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005*, p. 119.

bloco para continuar a empresa.

Tal problemática possui uma conotação prática muito instigante. Imagine-se que o arrematante em uma alienação promovida no juízo falimentar, de acordo com o artigo 140, inciso I, da Lei 11.101/05, adquira todo o acervo patrimonial do falido. Se assim o arrematante o faz, muito provavelmente ele destinará os bens do falido à continuidade da atividade empresarial que por este era desenvolvida, ou outra correlata.¹⁵ Por outro lado, se um arrematante adquire um bem isolado do acervo patrimonial do falido, e o faz em uma alienação promovida pelo juízo da execução fiscal, muito provavelmente esse arrematante não possui a intenção de desenvolver a mesma atividade empresária do falido. Todavia, sem dúvida, as alienações realizadas isoladamente desmantelam o patrimônio que o falido empregava no exercício da empresa.

Como consequência, o desmantelamento do acervo patrimonial disposto e apto a gerar lucro promovido por alienações isoladas impossibilitará a utilização do acervo em conjunto no exercício de uma mesma atividade, mas, de modo diverso, serão os bens alienados isoladamente destinados a fins distintos, por distintos arrematantes.¹⁶

2. A penhora no processo de execução fiscal contra o falido

A penhora consiste em ato judicial coercitivo que dá início à expropriação de bens do devedor para satisfação do credor. Nesse sentido, o vínculo de indisponibilidade decorrente da penhora deriva da particular destinação do bem afetado para satisfazer à pretensão executiva.¹⁷

O órgão do Poder Judiciário que determina a penhora de um bem o tem sob seu poder para destiná-lo à satisfação do crédito exequendo.¹⁸ Nesse sentido, a penhora de um

¹⁵ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de recuperação de empresas e falências comentada: lei 11.101/05: comentário artigo por artigo*. 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 326.

¹⁶ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de recuperação de empresas e falências comentada: lei 11.101/05: comentário artigo por artigo*, p. 327.

¹⁷ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Doutrina e prática do arresto ou embargo*. Rio de Janeiro: Forense, 1976. p. 78.

¹⁸ LIEBMAN, Enrico Túlio. *Processo de execução*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1946. p. 95.

bem pelo Estado tem natureza de ato executório.¹⁹

Também na execução fiscal a penhora possui natureza típica de ato judicial coercitivo que dá início à expropriação de bens do devedor para o caso de não ser paga a dívida, ou garantido o juízo por meio de depósito ou fiança. Despachada a petição inicial, o devedor goza do prazo de cinco dias para realizar o pagamento da dívida ou para nomear bens que a garantam. Decorrido esse prazo, sem manifestação válida do executado, a penhora será levada a efeito sem que seja obrigatória a ordem estabelecida pelo art. 11 da Lei n. 6.830/80 para nomeação de iniciativa do devedor.²⁰

Antes da sentença que decreta falência, a citação para pagar ou garantir a execução será feita ao executado. Tratando-se de empresário, este será a pessoa física ou jurídica a ser citada.

O ajuizamento da execução fiscal contra o empresário que se encontra em crise econômico-financeira não constitui uma exceção, pois aquele que está em estado de debilidade, inadimplindo suas obrigações, comumente deixa de ser pontual também com o pagamento dos tributos e demais despesas junto ao fisco.²¹

Desse modo, eventual execução fiscal ajuizada antes da falência correrá contra o empresário devedor até a decretação da quebra, quando a Fazenda tomará ciência de tal decisão judicial. Como consequência, os bens que pertenciam ao falido passam a ser da massa falida. Contudo, se houver penhora realizada antes da sentença de quebra, os bens penhorados não ficam, como os demais bens da massa, sujeitos a arrecadação no juízo falimentar, pois constituem constrição judicial para garantia do recebimento do crédito da Fazenda.

No que toca ao recebimento dos créditos fiscais como decorrência da penhora de bens do falido antes da sentença de quebra, em que pese haver constrição de bens do falido antes da aludida decisão, a Fazenda somente poderá satisfazer o seu crédito mediante concurso com demais credores segundo a ordem de pagamento prevista na lei de falência.

¹⁹ ASSIS, Araken de. *Manual do processo de execução*, p.604.

²⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Lei de execução fiscal: comentários e jurisprudência*, p. 82.

²¹ SALAMANCHA, José Eli. Débitos fiscais e a recuperação judicial de empresas. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 140, p. 118-125, out./dez. 2005. p. 118.

Cabe ressaltar que o art. 29, da Lei n. 6.830/80, prevê que a cobrança judicial da dívida ativa não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência. Contudo, o Código Tributário Nacional, que é lei hierarquicamente superior à lei de execuções fiscais, dispõe em seu artigo 186, de forma contrária, conforme alteração introduzida pela Lei Complementar 118/05.

Assim, o art. 29 da Lei de Execução Fiscal exclui a Fazenda da participação de juízos universais como o da falência, mas não altera privilégios instituídos e resguardados pelas leis materiais, além do fato de que a Lei de Execução Fiscal é da categoria das ordinárias, ao passo que o Código Tributário Nacional é lei complementar.²²

Portanto, processualmente a Fazenda não se submete ao concurso de credores, mas do ponto de vista material ela se submete aos efeitos do rol de preferência e à ordem de pagamento prevista no art. 83 da Lei de Falência.²³

Sendo assim, para o recebimento dos seus créditos, pouco importa se a Fazenda procedeu à penhora dos bens do empresário que posteriormente veio a falir, pois deverá o ente fazendário receber segundo a ordem de preferência prevista na legislação falimentar.

Nota-se que embora a execução fiscal não fique paralisada em razão da quebra do devedor, não pode o processo continuar tramitando até a entrega do produto da arrematação à Fazenda exequente.²⁴ Isso porque o produto da alienação deve ser entregue ao juízo falimentar para pagamento segundo a ordem de preferência do art. 83, da Lei n. 11.101/05.

Partindo da impossibilidade da Fazenda de satisfazer diretamente seu crédito com o produto da arrematação do bem ou dos bens por ela penhorados, mesmo antes da quebra, uma vez que tal produto deve ser entregue ao juízo falimentar para proceder ao pagamento dos credores,²⁵ resta-nos concluir que a manutenção da penhora na execução fiscal diante da falência carece do sentido para o qual foi instituída na Lei n. 6.830/80, que seria de conferir segurança e garantir o recebimento pela Fazenda dos créditos desta.

²² THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Lei de execução fiscal: comentários e jurisprudência*, p. 179.

²³ LOPES, Bráulio Lisboa. *Aspectos tributários da falência e recuperação de empresas*, p. 18.

²⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Lei de execução fiscal: comentários e jurisprudência*, p. 73-74.

²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de divergência no Recurso Especial. Processo nº 2003/0012123-0. Relator: Ministra Eliana Calmon, j. 06/10/2003. *DJ*, Brasília, 09 dez. 2003. p. 204. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=444964&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>>. Acesso em: 2 jan. 2010.

Cabe destacar que os créditos tributários, principais haveres consignados em certidão da dívida ativa, figuram na terceira posição no rol de preferência previsto no art. 83, da Lei n. 11.101/05, sucedendo os créditos derivados da legislação do trabalho, os decorrentes de acidentes de trabalho e os créditos com garantia real. Ressalta-se que, entretanto, antes de se pagar os credores concursais, paga-se os credores extraconcursais, conforme art. 84, da referida lei, tão-logo haja disponibilidade de caixa na falência.

A preservação da empresa justifica-se por sua função social. Preservar a atividade significa manter a fonte produtiva, a geração de renda e empregos e, também, a arrecadação de tributos. Diante dessas premissas, a lei falimentar trouxe em diversos dispositivos a essência da preservação da empresa, mas, especificamente no art. 75, o legislador fez constar que, em relação à falência, a finalidade da norma é a preservação da empresa.

Tendo o legislador envidado esforços no sentido de preservar a atividade, não poderia resultar de seu labor outra disposição, no que toca ao processo falimentar, senão a de alienação dos bens tangíveis e intangíveis do devedor empresário. Isso porque o principal meio de ser preservar a atividade por ele exercida consiste na transferência do seu patrimônio para terceiros, que o usará para exercer atividade econômica, o que evidencia uma conotação processual do princípio da preservação da atividade empresarial. Nesse sentido, a finalidade da alienação do acervo patrimonial da massa ocorrida no processo falimentar, tal como dispõe o art. 140, visa a “[...] propiciar condições de eventual continuação do negócio pelo adquirente, preservando-se, assim, o valor social da atividade”²⁶.

Para que o terceiro arrematante pudesse efetivamente levar a cabo a aquisição do patrimônio empresarial, o legislador cuidou de impedir que houvesse a sucessão trabalhista e tributária no tocante às dívidas do falido por aquele que adquire o patrimônio da massa falida.²⁷ Para tanto, além da disposição expressa na lei falimentar, em seu art. 141, inciso II, a Lei Complementar n. 118 alterou o art. 133, §1º, do Código Tributário Nacional, de modo a consagrar a impossibilidade de sucessão na aquisição dos bens pertencentes à massa.

²⁶ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de recuperação de empresas e falências comentada: lei 11.101/05: comentário artigo por artigo*, p. 326.

²⁷ NEGRÃO, Ricardo. *Aspectos objetivos da lei de recuperação de empresas e falências: lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005*, p. 119.

Devido ao fato de não haver sucessão trabalhista ou tributária, estimula-se a aquisição do conjunto patrimonial e preserva-se a atividade empresária, pois o novo empresário adquirente dos bens em bloco poderá desenvolver sua empresa.²⁸

Sendo assim, a conotação processual do princípio da preservação da empresa consiste na alienação dos bens do falido no processo falimentar que, sem ônus algum, serão utilizados por um empresário que os destinará a continuação de uma atividade empresária.

3. A ponderação de interesses e sua aplicabilidade diante do entendimento do STJ quanto à penhora de bens do empresário insolvente

Os princípios do ordenamento jurídico expressam valores que a sociedade brasileira cultiva e que o sistema tutela. A todo o momento se depara com princípios que traduzem os anseios sociais e revelam o norte do Direito posto.

Os princípios são muitos e variados e, por vezes, entram em choque. Mas, como não são regras, cujo conflito pode ser solucionado pela anterioridade, hierarquia ou especialidade, a colisão é solucionada pelo sopesamento dos valores em atrito.

Desse modo, a ponderação de interesses consiste na técnica apta a solucionar as colisões entre os diversos princípios que fundamentam a ordem jurídica. Essa é a técnica que conjuga a ponderação entre os diversos valores que dão fundamento ético ao sistema normativo.²⁹

No caso concreto o julgador, ao dimensionar o peso de um princípio em detrimento de outro, deve fazê-lo obedecendo a certos critérios, sob pena de pender para o arbítrio. Desse modo, cresce a importância da proporcionalidade, pois a solução dada pelo aplicador do Direito deve conciliar valores ao conciliar os interesses em jogo, conferindo, assim, legitimidade à decisão.

²⁸ PACHECO, José da Silva. *Processo de recuperação judicial, extrajudicial e falência*: em conformidade com a lei n. 11.101/05 e a alteração da lei n. 11.127/05, p. 330.

²⁹ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *Revista Diálogo Jurídico*, p. 6.

Proporcionalidade consiste na “[...] apreciação da necessidade (Erforderlichkeit) e adequação (Geeignetheit) da providência legislativa”³⁰. Desse modo, a lei deve ser necessária aos fins que se destina, e deve apresentar solução adequada ao que ela pretende regulamentar. Esse critério é utilizado na Alemanha para, inclusive, declarar a constitucionalidade ou não de uma lei, pois, não observando tais critérios, padece o provimento legislativo da constitucional proporcionalidade que dele se exige.³¹

Quanto ao problema motivador do projeto de pesquisa, há nas decisões dos nossos tribunais um choque entre o princípio da preservação da empresa, cujos interesses sociais foram analisados ao logo dessa pesquisa, e a segurança jurídica conferida pela legislação em vigor ao crédito fazendário executado em um juízo diverso do falimentar.

O julgador tem, nesses casos difíceis,³² dois valores que se apresentam e devem ser ponderados, a preservação da empresa e a segurança jurídica. Além disso, o julgador está apto a analisar se a Lei n. 6.830/80, ao permitir a penhora nas execuções fiscais, cumpre a sua finalidade de satisfazer o crédito fazendário.

Em um primeiro momento, ponderar a preservação da empresa em contraponto à penhora pressupõe uma análise sobre o impacto que esta pode exercer na alienação do ativo do falido. Isso significa dizer que falar em preservação da atividade empresária para se desconstituir uma penhora exige que esta constitua óbice à alienação do ativo empresarial como um todo.

Por outro lado, há que se verificar se a penhora nesses casos se constitui como instituto que realmente ofereça a segurança jurídica que dela se espera. Se a alienação que sucede a penhora gera uma receita que é destinada ao pagamento dos credores conforme a ordem de preferência estabelecida pela lei de falência, não há que se falar em segurança jurídica para a Fazenda Pública quanto ao recebimento dos seus créditos, uma vez que

³⁰ MENDES, Gilmar. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, v. 1, n. 5, agosto, 2001. p. 2. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 9 dez. 2009.

³¹ MENDES, Gilmar. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. *Revista Diálogo Jurídico*, p. 2.

³² FARALLI, Carla. *La filosofía del derecho contemporánea: temas y desafíos*. Madrid: Servicio de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, 2007. p. 26.

figura em terceiro lugar no rol de preferência para pagamento na falência.³³

Torna-se oportuno esclarecer que a segurança jurídica classicamente considerada representaria um óbice à interpretação que permita a desconstituição da penhora de bens do empresário insolvente. Isso porque a segurança jurídica clássica caracteriza-se pela certeza e previsibilidade do ordenamento jurídico, sob pena de enfraquecer as instituições. Isso significa que a certeza da Lei n. 6.830/80 consagra a previsão e certeza formal do recebimento do crédito fazendário.

Essa segurança jurídica é meramente formal e distante de uma justiça concreta, sendo esta fundada na equidade e na igualdade. Tal concepção está, outrossim, afastada da segurança jurídica fenomenologicamente entendida, que consiste em aceitar várias “[...] verdades para casos semelhantes, desde que fundamentadas e cuja argumentação forneça também os critérios adotados, para que se possa avaliar a razoabilidade da decisão tomada”³⁴. Nesse sentido, a segurança jurídica meramente formal, se aplicada de forma isolada, enfraquece as instituições, ao invés de fortalecê-las.³⁵

Por esses motivos deve a segurança jurídica ser considerada em seu plano material. Isso implica dizer que a real segurança jurídica só existe quando se aceita a diversidade de interpretações, as diferenças culturais e, sobretudo, as constantes modificações do direito. Portanto, para aceitar uma interpretação, quanto à penhora de bens do empresário insolvente, diversa daquela empreendida pelo STJ, necessário se faz trabalhar com uma nova concepção da segurança jurídica, com a qual seja a “[...] decisão baseada em valores, pautada nos princípios jurídicos, limitando a ideologização, mas entendendo as diferenças culturais e aceitando o fato da não existência de verdades absolutas”³⁶.

Esses são, portanto, os elementos a serem ponderados quando da apreciação pelo

³³ CREMASCO, Suzana Santi. A Classificação dos Créditos na Lei n. 11.101/05: Breve Estudo sobre as Inovações Relativas a Ordem de Pagamento dos Créditos Concursais Trabalhistas, com Garantia Real e Tributários. *Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor*. n. 11, p. 6-17, out./nov. 2006. p. 14.

³⁴ MACIEL, José Fábio Rodrigues. *Teoria geral do direito: segurança, valor, hermenêutica, princípios, sistema*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 26-37.

³⁵ MACIEL, José Fábio Rodrigues. *Teoria geral do direito: segurança, valor, hermenêutica, princípios, sistema*, p. 26-37.

³⁶ MACIEL, José Fábio Rodrigues. *Teoria geral do direito: segurança, valor, hermenêutica, princípios, sistema*, p. 37.

Poder Judiciário de manutenção de penhora no juízo fiscal diante da falência do executado.

4. Uma análise inferencial do posicionamento do Superior Tribunal de Justiça

O trabalho ora desenvolvido estrutura-se na análise da importância da empresa, em contraste com normas que irradiam, concomitantemente, sobre a execução fiscal e sobre o processo falimentar. Questiona-se a violação do princípio da preservação da atividade empresarial caso não ocorra a arrecadação e a alienação de bens do falido no juízo universal falimentar que já estejam penhorados em execuções fiscais antes do decreto de quebra.

Ao se discutir o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, surge a necessidade de uma argumentação jurídica que pressuponha interpretação inferencialista sobre o posicionamento da referida Corte em seus julgados.

Segundo as lições de Antônio Cota Marçal, convém ressaltar que “por ‘inferencialismo’ entende-se aqui a proposta de repensar determinados conteúdos conceituais a partir de uma matriz de discursividade racional distinta da clássica racionalidade lógico-formal”³⁷.

Assim, deve-se esclarecer que a análise da questão tal como ora proposta revela diversa interpretação sobre entendimento judicial do Superior Tribunal de Justiça, considerando-se que a interpretação é fruto de uma dada época, de um dado momento histórico, e abarca os fatos a serem interpretados, além do sistema jurídico e das circunstâncias e do imaginário do intérprete. Temos que ter em conta que “a interpretação dos fenômenos políticos e jurídicos não é um exercício abstrato de busca de verdades universais e atemporais”³⁸, mas uma tentativa de se estabelecer uma proposição justa e dogmática para solucionar uma controvérsia jurídica.

Tal proposta de pensamento pressupõe, portanto, um discurso racional e jurídico em

³⁷ MARÇAL, Antônio Cota. O inferencialismo de Brandom e a argumentação jurídica. In: GALUPPO, Marcelo Campos. *O Brasil que queremos: reflexões sobre o estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Ed. PUC Minas, 2006. p. 105.

³⁸ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *Revista Diálogo Jurídico*, p. 2.

torno da importância da atividade empresária e, conseqüentemente, da sua preservação, exaustivamente delineada neste relatório de pesquisa. Se a empresa é tão importante para a sociedade de modo geral, repercutindo na vida econômica e social dos cidadãos a ponto dos operadores do Direito repensarem o seu conteúdo atribuindo-lhe uma função social e, por conseguinte, erigir sua preservação a um princípio de direito, este constitui efetivamente a pedra angular do discurso racional que se propõe. A proposta de repensar o conteúdo decisional parte da variabilidade na interpretação das razões na decisão articuladas.³⁹

Cabe lembrar que o posicionamento analisado se consolidou ainda sob a égide do Decreto Lei n. 7.661/45, antigo dispositivo legal que regia a falência. Ao longo dos anos os tribunais adotaram e ainda adotam uma postura que acredita na penhora de bens nos autos da execução fiscal como garantia do recebimento dos créditos fazendários, sobretudo porque a Lei n. 6.830/80 impede que a Fazenda se submeta a juízos universais.

Ademais, o posicionamento adotado pelos tribunais, que também se justifica pela norma do art. 5º da Lei n. 6.830/80, não são dinâmicos, como se exige de uma ciência social na qual se constitui o Direito, mas, ao contrário, são estáticos.

Nesse sentido, cabe destacar que no âmbito do Direito, a evolução está embasada na própria mudança social, a exigir uma constante e renovada evolução na seara jurídica: “Como a vida humana é simultaneamente prática e teoria de uma discursividade livre, os conceitos do Direito, além de instrumentais, são interpretativos, históricos, inferenciais e buscam se organizar logicamente”⁴⁰.

A consolidação do entendimento dos nossos tribunais, a extrair da Lei n. 6.830/80 uma validade inabalável no que toca à penhora realizada antes da falência, coexiste com outras variáveis dentro da realidade social e jurídica brasileiras. Ao lado da segurança que a penhora pretende conferir ao crédito fazendário, existem outros elementos a serem considerados, tais como, o princípio da preservação da atividade empresária e da função social da empresa que, por suposto, são normas de Direito⁴¹ que decorrem do princípio

³⁹ BRANDOM, Robert B. *La articulación de las razones: una introducción al inferencialismo*. Madrid: Siglo Veintiuno, 2002. p. 225.

⁴⁰ MARÇAL, Antônio Cota. O inferencialismo de Brandom e a argumentação jurídica. In: GALUPPO, Marcelo Campos. *O Brasil que queremos: reflexões sobre o estado democrático de direito*, p. 115.

⁴¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 257.

constitucional da função social da propriedade. Portanto, não se pode afastar a necessidade imperiosa de se interpretar a Lei n. 6.830/80 à luz da Constituição de 1988, uma vez que esta é posterior ao texto legal.⁴²

O que se evidencia é a possibilidade de se argumentar racionalmente, com base em elementos jurídicos claros que há espaço para entendimento diverso do adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, especialmente em virtude da mudança dos elementos fático-sociais que convergem para a intenção de preservar a empresa.

O discurso da preservação da empresa encabeça a estrutura do raciocínio que permite a superação do entendimento firmado, como um princípio de Direito, cuja essência pode embasar a desconstituição da penhora em uma vara de execução fiscal, de modo a propiciar a aquisição do acervo patrimonial do falido em bloco por quem deseja utilizá-lo empresarialmente e, com isso, continuar a atividade empresária.

Sobre o discurso da argumentação jurídica calcada em princípios e razões de Direito, tem-se que “por argumentação jurídica entende-se aquele processo de explicitação e articulação de razões capazes de fundamentar decisões e justificar ações próprias do Direito considerado como ciência social aplicada”⁴³.

Há, inegavelmente, a necessidade da “[...] construção sempre reiniciada dos conteúdos conceituais do Direito (institutos jurídicos, normas jurídicas, julgados, construções teóricas) [...]”⁴⁴, de modo que o próprio Direito possa evoluir e atender às necessidades de uma sociedade que é complexa e dinâmica.

A decisão judicial que soluciona a controvérsia apresentada corresponde a uma decisão difícil. Justamente em razão dessa dificuldade quanto ao elemento normativo aplicável, ou mesmo da interpretação a ser empreendida, é que a argumentação baseada em princípios pode se apresentar como o melhor caminho.⁴⁵

⁴² ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, p. 1067.

⁴³ MARÇAL, Antônio Cota. O inferencialismo de Brandom e a argumentação jurídica. In: GALUPPO, Marcelo Campos. *O Brasil que queremos: reflexões sobre o estado democrático de direito*, p. 114.

⁴⁴ MARÇAL, Antônio Cota. O inferencialismo de Brandom e a argumentação jurídica. In: GALUPPO, Marcelo Campos. *O Brasil que queremos: reflexões sobre o estado democrático de direito*, p. 115.

⁴⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*. Tradução de Bruno Miragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 395.

Portanto, ao se analisar as diversas premissas e os múltiplos interesses que gravitam em torno da empresa, a manutenção de uma penhora pode colocar em risco valores mais nobres para o ordenamento jurídico, do que o benefício imediato que a penhora confere à execução fiscal para o ente fazendário, o que permite chegar a uma conclusão diversa do entendimento firmado até então.

4. CONCLUSÃO

O processo falimentar é caracterizado como a inevitável morte da empresa, quando não mais é possível sua continuidade. Contudo, consistindo a preservação da atividade empresária como valor perseguido nos processos concursais empresariais, a falência é a última via a ser adotada, sendo antes dela devem ser feitos todos os esforços para manter a fonte produtiva geradora de riquezas e renda.

Processo com caráter liquidatório de outrora, a falência disciplinada pela Lei n. 11.101/05 apresenta-se como meio de viabilizar a continuação do exercício da atividade empresária, mesmo que seja decretada a falência do empresário.

A referida lei abriu tal hipótese especialmente quando em seu art. 141 previu as hipóteses de alienação do patrimônio do falido. Para possibilitar que um terceiro arrematante dos bens do insolvente na sua totalidade e os empregue na mesma atividade ou atividade correlata à desenvolvida pelo falido, o inciso I, do citado artigo, prioriza a venda em bloco dos bens do falido.

Contudo, verificou-se que, quando há penhora realizada antes da sentença que decretou a falência do empresário, os bens constrictos em varas de execuções fiscais no bojo de ações executivas não podem ser alienados pelo administrador judicial do processo falimentar, impossibilitando o arremate por parte de terceiros que os fossem utilizar no exercício de uma atividade empresarial frustrando o princípio da preservação da empresa.

A manutenção da penhora foi confirmada em diversas oportunidades pelo Poder Judiciário, que firmou entendimento nesse sentido. Além da súmula n. 4 do extinto

Tribunal Federal de Recursos, que orientou a aplicação desse entendimento antes mesmo da constituição de 1988 e da atual lei de falências, o STJ mantém essa posição, referindo-se em diversas oportunidades à súmula do finado TFR.

O conflito existente entre o princípio da preservação da empresa e aplicação da Lei n. 6.830/80, que permite a penhora em ações fiscais, segundo entendimento o entendimento do STJ, se resolve mediante a aplicação da referida lei, em nome da segurança jurídica do ato construtivo praticado, além da conservação dos interesses fiscais.

Contudo, uma análise renovada do processo falimentar, conjugado com a necessária preservação da empresa tão propalada nos dias atuais, além uma interpretação reflexiva e constitucionalizada do teor da decisão que opta pela manutenção da penhora, pode-se chegar à conclusão diversa ao entendimento firmado.

Considerando que o conteúdo da decisão merece uma releitura a partir do novo modelo de processo falimentar, impende suscitar que a preservação da empresa se revela seu maior objetivo. A liquidação de que se vale a Fazenda quanto aos bens penhorados só faz prejudicar a preservação da empresa e, como demonstrado alhures, não se presta, na maioria dos casos, a garantir o recebimento da dívida ativa.

A segurança jurídica que o instituto da penhora gera não passa de mera segurança formal. Isso porque a liquidação dos bens constritos não assegura o recebimento dos créditos fazendários, pois o produto da arrematação deve ser entregue ao juízo falimentar que pagará a Fazenda Pública apenas depois de serem pagos os credores extraconcursais, os credores com créditos derivados da legislação do trabalho, limitados a 150 (cento e cinquenta) salários-mínimos por credor, os decorrentes de acidentes de trabalho e os credores com créditos com garantia real até o limite do valor do bem gravado.

A interpretação diversa daquela empreendida pelo STJ pressupõe uma nova concepção da segurança jurídica, com a qual a decisão será baseada em valores, pautada nos princípios jurídicos e aceitando o fato da não haver verdades absolutas.

Considerando-se que a interpretação é fruto de uma dada época, de um dado momento histórico, e abarca os fatos a serem interpretados, o momento atual está muito distante daquele no qual se firmou o entendimento do extinto TFR, a merecer uma nova

abordagem.

Se a empresa é tão importante para a sociedade de modo geral, repercutindo na vida econômica e social dos cidadãos a ponto dos operadores do Direito repensarem o seu conteúdo atribuindo-lhe uma função social e, por conseguinte, erigir sua preservação a um princípio de direito, este constitui efetivamente a pedra angular do discurso racional proposto.

A preservação da empresa encabeça a estrutura do raciocínio que permite a superação do entendimento firmado, como um princípio de Direito, cuja essência pode embasar a desconstituição da penhora em uma vara de execução fiscal de modo a propiciar a aquisição do acervo patrimonial do falido em bloco por quem deseja utilizá-lo empresarialmente e, com isso, continuar a atividade empresária.

Sendo assim, a conclusão formada ao se analisar as diversas premissas e os múltiplos interesses que gravitam em torno da empresa é a de que a manutenção de uma penhora pode colocar em risco valores mais nobres para o ordenamento jurídico, do que o benefício formal que a penhora confere à execução fiscal para o ente fazendário, o que permitiu concluir diversamente do entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça.

5. REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Manual do processo de execução*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. *NBR 10520*: informação e documentação - apresentação de citações em documentos. Rio de Janeiro, 2002.

_____. *NBR 14724*: informação e documentação: trabalhos acadêmicos: apresentação. Rio de Janeiro, 2005.

_____. *NBR 6023: informação e documentação - referências - elaboração*. Rio de Janeiro, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, v. I, n. 6, p. 1-33, set. 2001.

_____. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BERNARDI, Ricardo. Da realização do ativo. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Coord.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência: lei 11.101/2005 - artigo por artigo*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 484-502.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de recuperação de empresas e falências comentada: lei 11.101/05: comentário artigo por artigo*. 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRANDOM, Robert B. *La articulación de las razones: una introducción al inferencialismo*. Madrid: Siglo Veintiuno, 2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental. Processo nº 2005/0015284-4. Relator: Ministro Humberto Martins, j. 16/06/2009. *DJe*, Brasília, 25 set. 2009 Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=fal%EAncia+execu%E7%E3o+fiscal&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=23>>. Acesso em: 2 jan. 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de divergência no Recurso Especial. Processo nº 2003/0012123-0. Relator: Ministra Eliana Calmon, j. 06/10/2003. *DJ*, Brasília, 09 dez. 2003. p. 204. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=444964&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>>. Acesso em: 2 jan. 2010.

CREMASCO, Suzana Santi. A Classificação dos Créditos na Lei n. 11.101/05: Breve Estudo sobre as Inovações Relativas a Ordem de Pagamento dos Créditos Concursais Trabalhistas, com Garantia Real e Tributários. *Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor*. n. 11, p. 6-17, out./nov. 2006.

DÍAZ, Marta Zabaleta. *El principio de conservación de la empresa en la ley concursal*. Navarra: Editorial Civitas, 2006.

FARALLI, Carla. *La filosofía del derecho contemporánea: temas y desafíos*. Madrid: Servicio de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, 2007.

HARADA, Kiyoshi. A penhora como pré-requisito da execução fiscal. *Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor*, Porto Alegre, n. 6, p. 6-10, ago./set. 2007.

LIEBMAN, Enrico Túlio. *Processo de execução*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1946.

LOPES, Bráulio Lisboa. *Aspectos tributários da falência e recuperação de empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*. Tradução de Bruno Miragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MACIEL, José Fábio Rodrigues. *Teoria geral do direito: segurança, valor, hermenêutica, princípios, sistema*. São Paulo: Saraiva, 2004.

MARÇAL, Antônio Cota. O inferencialismo de Brandom e a argumentação jurídica. In: GALUPPO, Marcelo Campos. *O Brasil que queremos: reflexões sobre o estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Ed. PUC Minas, 2006. p. 105-118.

NEGRÃO, Ricardo. *Aspectos objetivos da lei de recuperação de empresas e falências: lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005*. São Paulo: Saraiva, 2005.

PACHECO, José da Silva. *Processo de recuperação judicial, extrajudicial e falência: em conformidade com a lei n. 11.101/05 e a alteração da lei n. 11.127/05*. 2. ed.

Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SALAMANCHA, José Eli. Débitos fiscais e a recuperação judicial de empresas. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 140, p. 118-125, out./dez. 2005.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Doutrina e prática do arresto ou embargo*. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Lei de execução fiscal: comentários e jurisprudência*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

A TUTELA COLETIVA BRASILEIRA EM CONFLITO COM OS DIREITOS HUMANOS

GUSTAVO SANTANA NOGUEIRA

Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro.
Mestre em Direito pela UNESA. Professor de Processo Civil na EMERJ e na Pós-Graduação de Direito Societário e Mercado de Capitais da FGV.

Resumo: Trata-se o presente trabalho de uma petição apresentada junto a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, sediada em Washington D. C., Estados Unidos da América, denunciando a atual situação da tutela coletiva no direito brasileiro, sob o argumento de que as limitações impostas às ações coletivas representam uma violação à Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

Resume: this paper is a petition presented to the Inter-American Commission of Human Rights, in Washington D. C., United States of America, denouncing the current situation of brazilian's class actions, arguing that the limitations imposed to them represent a violation of the Interamerican Convention of Human Rights.

Palavras-chave: ações coletivas; limitações; Corte Interamericana de Direitos Humanos; Convenção Interamericana de Direitos Humanos; direitos humanos.

Keywords: class actions; limitations; Inter-American Court of Human Rights; Inter-American Convention of Human Rights; human rights.

1 – Introdução

“Os estados-partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.”

Essa a redação do art. 1º da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, que é o tratado mais importante sobre o tema nas Américas, assinado em 1969, em vigor desde 1978, e que se aplica aos Estados membros da OEA – Organização dos Estados Americanos. O Brasil é membro da OEA desde a sua criação, em 1948, e depositou a carta de adesão ao Tratado em 25 de setembro 1992, incorporando-o ao direito interno pelo Decreto 678, de 06 de novembro de 1992.¹

Desde então o Brasil assumiu, perante a comunidade internacional, o dever de respeitar os direitos assegurados no Tratado, podendo ser acionado perante os órgãos criados pelo próprio Tratado para fazer valer as suas normas, que são a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. De acordo com Flávia Piovesan, “cabe ao Estado-parte a obrigação de respeitar e assegurar o livre e pleno exercício desses direitos e liberdades, sem qualquer discriminação. Cabe ainda ao Estado-parte adotar todas as medidas legislativas e de outra natureza que sejam necessárias para conferir efetividade aos direitos e liberdades enunciados.”²

¹ Ao fazer o depósito o Brasil fez a seguinte declaração interpretativa: “O Governo do Brasil entende que os arts. 43 e 48, alínea d, não incluem o direito automático de visitas e inspeções in loco da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, as quais dependerão da anuência expressa do Estado”.

² PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*, 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 46.

2 – A Comissão e a Corte

A Convenção prevê, na Parte II, que trata dos “Meios de Proteção”, em seu art. 33 que são órgãos competentes para conhecer de assuntos relacionados com o cumprimento dos compromissos na própria Convenção a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A Comissão, criada em 1959, está sediada em Washington D.C., nos Estados Unidos da América, e é composta por 7 membros, competindo-lhe, dentre outras funções, atuar com respeito às petições e outras comunicações, no exercício de sua autoridade e formular recomendações aos governos dos estados-membros, quando considerar conveniente, no sentido de que adotem medidas progressivas em prol dos direitos humanos no âmbito de suas leis internas e seus preceitos constitucionais, bem como disposições apropriadas para promover o devido respeito a esses direitos (art. 41 da Convenção).

E aí nós podemos perceber porque a petição foi dirigida primeiramente a esta Comissão, já que o art. 44 da Convenção prevê que “qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não-governamental legalmente reconhecida em um ou mais estados-membros da Organização, pode apresentar à Comissão petições que contenham denúncias ou queixas de violação desta Convenção por um Estado-parte.”

Já a Corte fica em São José, na Costa Rica, e também é integrada por 7 membros, chamados de Juízes, que são nacionais dos Estados-partes e juristas da mais alta autoridade moral, de reconhecida competência em matéria de direitos humanos, que reúnam as condições requeridas para o exercício das mais elevadas funções judiciais, de acordo com a lei do estado do qual sejam nacionais ou do estado que os propuser como candidatos (art. 52, 1), mas eles não representam os seus Estados de origem, possuindo autonomia para prolatar os julgamentos. Inclusive não há impedimento a que, por exemplo, um Juiz brasileiro da Corte conheça de denúncia apresentada contra o Brasil.

A Corte tem uma função de natureza contenciosa (julgamento de violações aos direitos humanos), mas também exerce outra, de natureza consultiva, conforme dispõe o art. Art. 64, nos seguintes termos:

“1. Os estados-membros da Organização poderão consultar a Corte sobre a interpretação desta Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos estados americanos. Também poderão consultá-la, no que lhes compete, os órgãos enumerados no capítulo X da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires.

2. A Corte, a pedido de um estado-membro da Organização, poderá emitir pareceres sobre a compatibilidade entre qualquer de suas leis internas e os mencionados instrumentos internacionais.”

3 – Procedimento

Considerando que qualquer denúncia formulada contra Estado-parte por violação aos direitos humanos deve ser apresentada à Comissão, e que isso representa apenas um dos requisitos de admissibilidade, necessário é que analisemos os demais:

a) que o Estado-parte, no caso o Brasil, haja feito uma declaração pela qual reconheça a referida competência da Comissão (art. 45, 1 e 2);³

b) que hajam sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, de acordo com os princípios de Direito Internacional geralmente reconhecidos (art. 46, a);

c) que seja apresentada dentro do prazo de seis meses, a partir da data em que o presumido prejudicado em seus direitos tenha sido notificado da decisão definitiva (art. 46, b);

d) que a matéria da petição ou comunicação não esteja pendente de outro processo de solução internacional (art. 46, c); e

³ Tal declaração deu-se em 1998, através do Decreto Legislativo n. 89. Assim dispõe seu art. 1º: “É aprovada a solicitação de reconhecimento da competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos para fatos ocorridos a partir do reconhecimento, de acordo com o previsto no parágrafo primeiro do art. 62 daquele instrumento internacional.” Disponível em: <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=129118>. Acesso em: 28 de maio de 2010.

e) que, quando for o caso, a petição contenha o nome, a nacionalidade, a profissão, o domicílio e a assinatura da pessoa ou pessoas ou do representante legal da entidade que submeter a petição (art. 46, d).

Sobre os requisitos, é pertinente ressaltar que a denúncia de violação aos direitos humanos previstos na Convenção deverá ser apresentada sempre contra o Estado-parte, que no nosso caso é a República Federativa do Brasil, ainda que a violação seja proveniente de ato praticado na esfera estadual ou municipal, posto que no plano internacional a divisão interna de nosso país não tem relevância. Assim decidiu a Comissão, por exemplo, no Relatório 06/10, do Caso José do Egito Romão Diniz onde o Estado do Rio de Janeiro foi indicado como órgão responsável pela violação dos direitos humanos, porém a solução foi muito melhor do que aquela adotada em processos internos, qual seja, a extinção sem resolução de mérito por ilegitimidade, posto que a Comissão não considerou o fato do Rio de Janeiro ter sido indicado como responsável, até porque a defesa foi apresentada pela República Federativa do Brasil, e admitiu a petição concluindo que:

“A CIDH não tem a competência *ratione personae* para atender demandas contra o estado do Rio de Janeiro em si, porque é “o governo nacional de mencionado Estado parte [federal] [o que] cumprirá todas as disposições da presente Convenção relacionadas com as matérias sobre as quais exerce jurisdição legislativa e judicial”, e também deverá “tomar de imediato as medidas pertinentes, conforme a sua constituição e suas leis, a fim de que as autoridades competentes de referidas entidades possam adotar as disposições do caso para o cumprimento desta Convenção [Americana].”⁴

No Caso Cayara vs. Peru, sentenciado em 1993, a Corte aplicou o que para nós, no plano interno, nada mais é do que o princípio da instrumentalidade do processo, ao estatuir que:

“Es un principio comúnmente aceptado que el sistema procesal es un medio para realizar la justicia y que ésta no puede ser sacrificada en aras de meras formalidades. Dentro de ciertos límites de temporalidad

⁴ Disponível em: <http://www.cidh.org>. Acesso em: 29 de maio de 2010.

y razonabilidad, ciertas omisiones o retrasos en la observancia de los procedimientos, pueden ser dispensados, si se conserva un adecuado equilibrio entre la justicia y la seguridad jurídica.”⁵

Dessa forma percebemos que a Comissão, responsável pela admissibilidade da petição contendo a denúncia, interpreta os requisitos de admissibilidade tendo em vista a precisa noção da sua responsabilidade e importância no plano internacional, já que ela não foi criada para rejeitar petições ao menor sinal de ausência dos requisitos necessários, mas sim para preservar os direitos humanos.

O esgotamento dos recursos da jurisdição interna é também condição para a admissibilidade da denúncia, estatuidando na verdade uma necessidade de se resolver a questão dentro do Estado-parte, para somente depois, em caso de insucesso, se invocar a responsabilidade internacional. Ressalte-se que a própria Convenção permite três exceções a esse requisito. A primeira é a inexistência, no direito interno, do devido processo legal para a proteção do direito ou direitos que se alegue tenham sido violados (art. 46, 2, a). A segunda incide quando não se houver permitido ao presumido prejudicado em seus direitos o acesso aos recursos da jurisdição interna, ou houver sido ele impedido de esgotá-los (art. 46, 2, b). A terceira e última exceção é a demora injustificada na decisão sobre os mencionados recursos (art. 46, 2, c), o que é perfeitamente compreensível.⁶

Há ainda um requisito de ordem temporal, que é o prazo de 6 meses. De acordo com Jo Pasqualucci *“the six-month rule serves much like a statute of limitations that eliminates stale claims and provides a date of closure for the State. The Commission explained that ‘the rule exists to allow for juridical certainty while still providing sufficient time for a potential petitioner to consider her position’. In cases in which the petitioner alleges a denial of domestic justice, however, the petitioner never receives a final judgment. In those*

⁵ Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/index.cfm>. Acesso em: 20 de abril de 2010.

⁶ Basta supormos uma violação ao direito à razoável duração do processo, previsto no art. 8º, item 1. Se uma ação proposta nos nossos Tribunais está há mais de 20 anos sem um julgamento definitivo, por exemplo, sem que haja motivo razoável ou justificável que explique essa morosidade excessiva, como pode ser exigido do prejudicado o esgotamento da jurisdição interna se a denúncia se funda exatamente no não esgotamento da jurisdição interna em tempo razoável?

*cases, the Commission will consider a petition that is presented within a reasonable time after the date of the alleged violation.”*⁷

Se matéria alegada na petição já estiver pendente de apreciação em outro mecanismo de solução internacional, isso impede a Comissão de receber a denúncia. Trata-se, segundo Flávia Piovesan, de verdadeira “litispêndência internacional”.⁸

Após a análise dos requisitos restam à Comissão duas opções:

a) não admitir a petição, fundada nas hipóteses referidas no art. 47 da Convenção, que são: a.1) não preencher algum dos requisitos estabelecidos no art. 46; a.2) não expuser fatos que caracterizem violação dos direitos garantidos por esta Convenção; a.3) pela exposição do próprio peticionário ou do estado, for manifestamente infundada a petição ou comunicação ou for evidente sua total improcedência; ou a.4) for substancialmente reprodução de petição ou comunicação anterior, já examinada pela Comissão ou por outro organismo internacional;

b) admitir a petição, caso em que solicitará informações ao governo do estado ao qual pertença a autoridade apontada como responsável pela violação alegada e transcreverá as partes pertinentes da petição ou comunicação.

Admitida, portanto a petição necessário é respeitar o contraditório e oportunizar que o Estado-parte ofereça as suas razões dentro de um prazo razoável a ser fixado pela Comissão considerando as circunstâncias específicas de cada caso concreto, não havendo portanto um prazo fixo de 15, 30 ou 60 dias.

Com ou sem o recebimento das informações o próximo passo da Comissão é verificar se os motivos que justificaram a petição estão mesmo presentes, podendo ser arquivado caso se chegue à conclusão de que não estão presentes os motivos ou que os mesmos cessaram. Se for necessário e conveniente, a Comissão procederá a uma investigação para cuja eficaz realização solicitará, e os estados interessados lhe proporcionarão todas as facilidades necessárias, podendo pedir aos estados interessados

⁷ PASQUALUCCI, Jo M. *The practice and procedure of the Inter-American Court of Human Rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 125-126.

⁸ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, 11ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 262.

qualquer informação pertinente, recebendo, se for solicitado, as exposições verbais ou escritas que apresentarem os interessados.

É de se esclarecer que a solução consensual da violação narrada poderá ser tentada, já que nos termos do art. 48, 1, f, a Comissão “pôr-se-á à disposição das partes interessadas, a fim de chegar a uma solução amistosa do assunto, fundada no respeito aos direitos reconhecidos nesta Convenção.” Quando se alcançar essa solução amistosa, será elaborado um relatório contendo breve exposição dos fatos e da solução alcançada.

Ainda que a solução consensual não tenha sido possível, a Comissão deverá elaborar um relatório expondo os fatos e as suas conclusões, que será encaminhado aos estados interessados, propondo, nos termos do art. 50, 3, proposições e recomendações que julgar adequadas que, neste caso, têm um prazo certo de 3 meses para serem atendidas pelo Estado-parte.

Sem prejuízo desse prazo a Comissão, ou o próprio Estado interessado, já pode apresentar diretamente a petição junto à Corte.⁹ Caso a Comissão decida aguardar o término dos 3 meses ela irá emitir uma opinião com conclusões, pelo voto da maioria absoluta dos seus membros.

De acordo com o art. 51 “a Comissão fará as recomendações pertinentes e fixará um prazo dentro do qual o estado deve tomar as medidas que lhe competir para remediar a situação examinada (item 2), e transcorrido o prazo fixado, a Comissão decidirá, pelo voto da maioria absoluta dos seus membros, se o estado tomou ou não as medidas adequadas e se publica ou não seu relatório (item 3).”

Esgotada a competência da Comissão passa a atuar a Corte, sendo certo que a Corte não atua diretamente sobre a denúncia, já que essa fase preliminar perante a Comissão é obrigatória. “A Corte tem competência para conhecer de qualquer ‘caso’ relativo à interpretação e aplicação das disposições desta Convenção, que lhe seja submetido, desde que os Estados-partes no caso tenham reconhecido ou reconheçam a referida competência, seja por declaração especial, seja por convenção especial.” (art. 61, 3).

⁹ Art. 61, 1, da Convenção: “somente os estados-partes e a Comissão têm direito de submeter um caso à decisão da Corte.”

A decisão final da Corte¹⁰, se reconhecer que houve violação dos direitos humanos, determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados, bem como também, se isso for procedente, que sejam reparadas as conseqüências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, com o pagamento de indenização justa à parte lesada.¹¹

Esta decisão não pode ser atacada por nenhum tipo de recurso, sendo o julgamento em “primeira e última instância”, admitindo-se, nos termos do art. 67 da Convenção, uma espécie de “embargos de declaração” em 90 dias, que na verdade é apenas um pedido de interpretação quando houver divergência sobre o sentido ou alcance da sentença.

O art. 63, 2, prevê uma espécie de tutela de urgência perante a Corte, admitindo que esta, em casos de extrema gravidade e urgência, e quando se fizer necessário evitar danos irreparáveis às pessoas, nos assuntos de que estiver conhecendo, poderá tome as medidas provisórias que considerar pertinentes. Mesmo que o caso ainda não tenha sido submetido à Corte pela Comissão, poderá esta representar perante aquela para requerer alguma “medida provisória”.

4 - Conclusões

Enfim, a atuação da Comissão e da Corte nos pareceu ser a última tentativa de nos defendermos dos ataques sucessivos e implacáveis que nosso sistema de tutela coletiva vem sofrendo ao longo dos anos, perpetrados por pessoas e/ou grupos que possuem interesses políticos e que têm a enorme vontade de instituir no Brasil uma tutela coletiva ineficiente, violando, como exposto na petição apresentada, nossos mais básicos direitos.

¹⁰ Art. 66, 1, da Convenção: “a sentença da Corte deve ser fundamentada”.

¹¹ “*En primer término, la Corte en ejercicio de su función contenciosa aplica e interpreta la Convención Americana y, cuando un caso ha sido sometido a su jurisdicción es la facultada para declarar la responsabilidad internacional de un Estado Parte en la Convención por violación a sus disposiciones. Por otra parte, este Tribunal, como ya lo ha reiterado, no procede a investigar ni a sancionar la conducta individual de los agentes del Estado que hubiesen participado en esas violaciones.*” Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentença de 25 de novembro de 2003. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/index.cfm>. Acesso em: 28 de maio de 2010.

Ressaltamos que a petição que poderá ser analisada a seguir apenas focou dois pontos sensíveis da tutela coletiva, quais sejam, a limitação do cabimento da ação civil pública, excluindo-se casos que afetam diretamente os interesses políticos que justificaram esse atentado ao direito de acesso à justiça e a absurda vinculação da coisa julgada à competência do órgão prolator. O objetivo da petição não é, obviamente, obter uma indenização, que sequer foi pedida, mas sim uma condenação internacional que obrigue o Brasil a ter um sistema de tutela coletiva livre de interferências políticas que acabaram transformando nosso processo coletivo em algo totalmente sem sentido, posto que não consegue minimamente proteger os interesses coletivos.

A esperança de se obter um resultado útil na denúncia contra o que o Brasil vem fazendo com a tutela coletiva é respaldada na jurisprudência da Corte, pois “o sistema interamericano está se consolidando como importante e eficaz estratégia de proteção dos direitos humanos, quando as instituições nacionais sem mostram omissas ou falhas.”¹²

Ainda há, pensamos, um campo muito vasto para que a Comissão e a Corte possam atuar no Brasil, mais especificamente sobre instrumentos processuais totalmente ineficazes que acabam colocando por terra os direitos previstos não só na nossa Constituição como nos Tratados Internacionais. Um dos casos mais emblemáticos é o do sistema de precatórios. Como a instituição do precatório como forma de (não) pagamento das dívidas da Fazenda Pública veio originariamente previsto na Constituição, durante anos nos acostumamos a pensar que não havia solução alguma, já que o precatório é fruto da vontade do legislador constituinte originário, sendo certo que violações posteriores vieram por Emendas Constitucionais “legitimadas” pelo guardião da nossa Constituição, porém agora há uma saída para banirmos de uma vez por todas esses violentos e covardes ataques aos direitos dos cidadãos. Ainda que uma eventual solução na Corte seja demorada, certamente viria antes do pagamento dos precatórios.

¹² PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, p. 284.

EGRÉGIA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

FORMULÁRIO

I – PESSOA QUE APRESENTA A PETIÇÃO

NOME: GUSTAVO SANTANA NOGUEIRA¹³

LEGITIMIDADE DO DENUNCIANTE

O denunciante fundamenta sua legitimidade para formular a presente denúncia com base no precedente *María Eugenia MORALES ACEÑA DE SIERRA v. GUATEMALA*¹⁴, da própria Comissão Inter-americana de Direitos Humanos, que o denunciante passa a comparar com a atual denúncia.

A Comissão Inter-americana de Direitos Humanos recebeu no dia 22 de fevereiro de 1995 petição alegando que os artigos 109, 110, 113, 114, 115, 131, 133, 255, e 317 do Código Civil da Guatemala criavam desigualdade de tratamento entre homens e mulheres. Em 1992 a Suprema Corte local considerou os referidos artigos constitucionais com os argumentos de segurança jurídica; proteção da mulher no seu papel de mãe; proteção dos filhos; e respeito aos valores tradicionais guatemaltecas. Eis os artigos questionados:

Art. 109. “(Representation of the marital union). The husband shall represent the marital union, but both spouses shall enjoy equal authority and considerations in the home; they shall establish their place of residence by common agreement and shall arrange everything concerning the education and establishment of their children, as well as the family budget.”

Art. 110. “(Protection of the wife). The husband must provide protection and assistance to his wife and is obliged to supply everything needed to sustain the

¹³ Foram omitidos os dados pessoais, que, entretanto, são requisitos obrigatórios na petição e são de conhecimento da Corte.

¹⁴ Disponível em: <http://www.cidh.org/women/Guatemala11.625eng.htm>. Acesso em: 10 de julho de 2008.

home in accordance with his economic means. The wife has the special right and duty to attend to and look after her children while they are minors and to manage the household chores.”

Art. 113. *“(Wife employed outside the home). The wife may perform work, exercise a profession, business, occupation, or trade, provided that her activity does not prejudice the interests and care of the children or other responsibilities in the home.”...*

Art. 114. *“The husband may object to his wife pursuing activities outside the home, so long as he provides adequately for maintenance of the home and has sufficiently justified grounds for objection. The judge shall rule outright on the issue.”*

Art. 115. *“(Representation by the wife). Representation of the marital union shall be exercised by the wife should the husband fail to do so for any reason and particularly when: 1) If the husband is legally deprived of that right; 2) If the husband abandons the home of his own free will, or is declared to be absent; and 3) If the husband is sentenced to imprisonment and for the duration of such imprisonment.”*

Art. 131. *“Under the system of absolute joint ownership [comunidad absoluta] by husband and wife or community of property acquired during marriage [comunidad de gananciales], the husband shall administer the marital property, exercising powers that shall not exceed the limits of normal administration. Each spouse or common-law spouse shall dispose freely of goods registered under his or her name in the public registries, without prejudice to the obligation to account to the other for any disposal of common property.”*

Art. 133. *“(Administration by the wife). Administration of the marital property shall be transferred to the wife in the instances set forth in Article 115, with the same powers, restrictions, and responsibilities as those established in the foregoing articles.”*

Art. 255. *“Where husband and wife, or common-law spouses, jointly exercise parental authority over minor children, the husband shall represent the minor or incompetent children and administer their goods.”*

Art. 317. “(Exemption). The following may be excused from exercising custody and guardianship: 1) Those already exercising another custody or guardianship; 2) Persons over sixty years of age; 3) Those who have three or more children under their parental authority; 4) Women; 5) Persons of low-income for whom this responsibility would threaten their means of subsistence; 6) Persons prevented from exercising this responsibility due to chronic illness; and 7) Those who have to be absent from the country for over one year.”

Como a Comissão não faz controle abstrato da compatibilidade do ordenamento jurídico de um país com a Convenção, era preciso uma lesão concreta. Nesse contexto surge Maria Eugenia alegando que embora sua família seja baseada no princípio de respeito mútuo, o fato da lei conceder exclusivamente ao marido autoridade para representar a família e os filhos menores, isso cria um desequilíbrio no peso da autoridade exercida por cada um no casamento.

Para esta Comissão o Estado da Guatemala falhou ao não adotar as providências necessárias no sentido de modificar, revogar ou simplesmente retirar os efeitos dos artigos do Código Civil, posto que violam artigos da Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

Ou seja, a Comissão conheceu da representação feita por Maria Eugenia, embora ela tenha afirmado, e a Comissão reconhecido, que ela não corria perigo concreto face à estabilizada situação familiar.¹⁵ Eis um trecho do precedente *Maria Eugenia*:

“11. Pursuant to the January 24, 1997 request of the petitioners, the Commission held a hearing on this case at its headquarters on March 5, 1997, during its 95th regular period of sessions. The Commission

¹⁵ *“The petitioners allege that, as a married woman living in Guatemala, a mother, a working professional, and the owner of property acquired jointly with her husband during their marriage, Ms. Morales de Sierra is subject to the immediate effects of this legal regime by virtue of her sex and civil status, and the mere fact that the challenged provisions are in force. By virtue of Article 109, representation of the marital unit corresponds to the husband, and by virtue of Article 131, he administers the marital property. Articles 115 and 133 provide respective exceptions to these general rules only where the husband is essentially absent. By virtue of Article 255, the husband represents and administers the property of minors or incapacitated persons. A wife, in contrast, may be excused from exercising custody over such persons by virtue of her sex and the terms of Article 317. These articles prevent Ms. Morales de Sierra from legally representing her own interests and those of her family, and require that she depend on her husband to do so.”*

questioned the petitioners as to whether they were requesting a determination in abstracto or pursuing an individual claim. The petitioners indicated that, in the concrete case, María Eugenia Morales Aceña de Sierra had been directly affected by the challenged legislation, and also represented other women victims in Guatemala. The Commission requested that they formalize the status of María Eugenia Morales de Sierra as the victim in writing, in order to comply with the dispositions of its Regulations and proceed to process the petition within its case system. 12. The petitioners formalized the status of María Eugenia Morales de Sierra as victim in a communication of April 23, 1997, the date as of which the Commission considers this status to have been established in the file. The pertinent parts of this communication were transmitted to the State for its observations by means of a note of June 9, 1997.”

Eis a conclusão da Comissão, que nós destacamos:

*“38. By requiring married women to depend on their husbands to represent the union—in this case María Eugenia Morales de Sierra—the terms of the Civil Code mandate a system in which the ability of approximately half the married population to act on a range of essential matters is subordinated to the will of the other half. **The overarching effect of the challenged provisions is to deny married women legal autonomy. The fact that the Civil Code deprives María Eugenia Morales de Sierra, as a married woman, of legal capacities to which other Guatemalans are entitled leaves her rights vulnerable to violation without recourse.***

*39. In the instant case the Commission finds that the gender-based distinctions established in the challenged articles cannot be justified, **and contravene the rights of María Eugenia Morales de Sierra set forth in Article 24. These restrictions are of immediate effect, arising simply by virtue of the fact that the cited provisions are in force. As a married woman, she is denied protections on the basis of her sex which married men and other Guatemalans are accorded. The provisions she challenges restrict, inter alia, her legal capacity, her access to resources, her ability to enter into certain kinds of contracts (relating, for example, to property held jointly with her husband), to***

administer such property, and to invoke administrative or judicial recourse. They have the further effect of reinforcing systemic disadvantages which impede the ability of the victim to exercise a host of other rights and freedoms.”

Como será exposto mais adiante, as violações aqui denunciadas afetam todos os brasileiros, indistintamente, porque nos privam do sagrado direito de acesso à justiça, do direito de sermos beneficiados por decisões prolatadas a nosso favor em demandas coletivas. Assim como no caso Maria Eugenia, onde foi reconhecida a sua qualidade de vítima porque era destinatária de uma norma jurídica que discriminava as mulheres, o caso em tela representa uma violação de direitos de todos os brasileiros, homens e mulheres. Como foi admitido no precedente *supra* citado, uma legislação nacional que viola direitos humanos atinge diretamente todos os seus destinatários, e no caso que ora se apresenta a violação reside no fato do Estado brasileiro deixar o cidadão sem proteção legal eficiente e adequada à violação dos seus direitos fundamentais.

O denunciante é particularmente afetado no exercício da sua profissão, como Promotor de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Nessa qualidade detém o denunciante legitimidade para, em nome da Instituição, ajuizar ações coletivas, porém as limitações que serão narradas fazem da ação coletiva uma ação completamente ineficaz de tutelar os direitos de todos os cidadãos.

Ainda que não seja reconhecido o denunciante como vítima das violações que serão expostas, a legitimidade é ampla, como explica claramente Jo M. Pasqualucci, Professor de Direito da *University of South Dakota*:

“The right of petition before the Inter-American Commission is not limited to alleged victims and their relatives. Any ‘person or group of persons, or any nongovernmental entity legally recognized in one or more member states’ of the OAS has the right to petition in the Inter-American system. ...

The American Convention basically allows anyone to file a human rights petition with the Inter-

American Commission, even without the authorization of the actual victim.”¹⁶

II – NOME DAS PESSOAS AFETADAS PELAS VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS

NOME: todos os brasileiros são diretamente afetados com as violações que essa denúncia narra.

III – ESTADO (MEMBRO DA OEA) RESPONSÁVEL PELAS VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS ALEGADAS PELO PETICIONÁRIO

República Federativa do Brasil

IV – DIREITOS HUMANOS VIOLADOS

O ACESSO À JUSTIÇA E OS DIREITOS HUMANOS

Um dos direitos mais fundamentais do cidadão é o de ter assegurando amplo acesso à justiça. A **Declaração Universal dos Direitos Humanos – DUDH, da ONU**, assegura esse direito expressamente, conforme se depreende dos seguintes dispositivos, por nós grifados:

Artigo 7º Todos são iguais perante a lei e, sem distinção, têm direito a igual protecção da lei. Todos têm direito a protecção igual contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.

Artigo 8º Toda a pessoa tem direito a recurso efectivo para as jurisdições nacionais competentes contra os actos que violem os direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição ou pela lei.

No mesmo sentido a **Convenção Interamericana de Direitos Humanos – CIDH**, também grifada por nós:

Artigo 25 - Protecção judicial

¹⁶ PASQUALUCCI, Jo M. Ob. cit., p. 100.

*1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro **recurso efetivo**, perante os juízes ou tribunais competentes, **que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela presente Convenção**, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.*

A doutrina internacional interpreta o acesso à justiça como um direito fundamental do cidadão.

Mauro Cappelletti e Bryant Garth, em clássica obra, falam a respeito do acesso à justiça, identificando-o como um direito social básico nas sociedades modernas.¹⁷

No direito norte-americano Erwin Chemerinsky analisa o acesso à justiça de acordo com o entendimento da *U.S. Supreme Court*: “*the Supreme Court has spoken of ‘the fundamental constitutional right of access to the courts.’ The Court long has said that the right to be heard in court is an essential aspect of due process.*”¹⁸

Sobre a rapidez e a eficácia da decisão judicial como elemento integrante do processo justo, leciona o argentino Augusto Morello:

“La redacción de esa regla no descansa sólo en la rapidez con que debe llegar la sentencia en el mérito – aunque esto sí sea principalmente gravitante – sino, más bien, en que la sentencia sea eficaz.

Tal complemento, con autonomía, consagra una exigencia plausible e inescindible de lo anterior. Es que, en verdad, obtener nada más que con rapidez la decisión es insuficiente para asegurar el resultado de la jurisdicción. Si tal pronunciamiento se fundamenta sólo de modo aparente o no abastece el conjunto de las cuestiones esenciales ni da cabal ni profunda solución, estaremos ante una ahuecada y desvaliosa exteriorización jurisdiccional. Acaso haya sido un acto

¹⁷ CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. e revisão Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 06.

¹⁸ CHEMERINSKY, Erwin. *Constitutional law: principles and policies*. New York: Aspen Publishers, 2006, p. 907.

judicial rápido pero, al carecer de eficacia, deviene en decisión arbitraria y, por tal, descalificable.”¹⁹

Do Chile, pertinente são as palavras de Humberto Nogueira Alcalá, interpretando diretamente o art. 25 da CIDH e seus efeitos perante o direito interno:

“En el caso de Chile, la Constitución vigente, en su artículo 20, establece una acción constitucional protectora de derechos fundamentales, el denominado recurso de protección, del cual conoce en primera instancia la Corte de Apelaciones respectivamente y en segunda instancia la Corte Suprema de Justicia, frente a acciones u omisiones ilegales o arbitrarias que afecten el legítimo ejercicio de algunos de los derechos que el artículo 20 explicita taxativamente. Cabe precisar que la acción constitucional de protección no considera todos los derechos fundamentales asegurados por la Constitución y la Convención Americana de Derechos Humanos, lo que constituye de por sí una posible infracción al artículo 25° en armonía con los artículos 1° y 2° de la Convención Americana de Derechos Humanos.”²⁰

A própria Corte Interamericana de Direitos Humanos já se manifestou sobre o alcance do art. 25 da CIDH, no caso Palamara Iribarne v. Chile, de 2005, com grifos nossos:

“Este Tribunal ha establecido que la salvaguarda de la persona frente al ejercicio arbitrario del poder público es el objetivo primordial de la protección internacional de los derechos humanos. En este sentido, la inexistencia de recursos internos efectivos coloca a una persona en estado de indefensión. El artículo 25.1 de la Convención establece, en términos amplios, la obligación a cargo de los Estados de ofrecer a todas las personas sometidas a su jurisdicción un recurso judicial efectivo

¹⁹ MORELLO, Augusto M. *La eficacia del proceso*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2001.

²⁰ ALCALÁ, Humberto Nogueira. El derecho de acceso a la jurisdicción y al debido proceso en el bloque constitucional de derechos en Chile. *La ciencia del derecho procesal constitucional – estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*. Coord. Humberto Nogueira Alcalá. Santiago: Librotecnia, 2009, p. 275.

contra actos violatorios de sus derechos fundamentales.

Bajo esta perspectiva, se ha señalado que para que el Estado cumpla con lo dispuesto en el citado artículo 25.1 de la Convención no basta con que los recursos existan formalmente, sino es preciso que sean efectivos, es decir, se debe brindar a la persona la posibilidad real de interponer un recurso sencillo y rápido que permita alcanzar, en su caso, la protección judicial requerida ante la autoridad competente. Esta Corte ha manifestado reiteradamente que la existencia de estas garantías “constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención.”²¹

No Brasil podemos citar as precisas lições de Humberto Dalla Bernadina de Pinho:

“Não se trata, portanto, de mera garantia de acesso ao juízo (direito à ação), mas da própria tutela (proteção) jurisdicional (adequada, tempestiva e, principalmente, efetiva) a quem tiver razão. Em outras palavras, significa o próprio acesso à justiça.”²²

A TUTELA COLETIVA COMO INSTRUMENTO DE ACESSO À JUSTIÇA

Atualmente falar em acesso à justiça, entretanto, não se limita a falar sobre o direito individual que cada cidadão tem de procurar o Judiciário para pedir a proteção dos seus direitos e receber uma proteção eficaz, tanto que documentos internacionais, tais como a DUDH e a CIDH, não se limitam a assegurar a ida ao Poder Judiciário, mas impõem ao Estado, em contrapartida, que disponibilize ao cidadão uma tutela judicial rápida e efetiva, ou seja, capaz de realmente tutelar os direitos lesados ou ameaçados.

²¹ Disponível em: http://www.cdh.uchile.cl/anuario04/7-Seccion_Nacional/2-Mera_Jorge/CorteIDHPalamarca-Chile.pdf. Acesso em: 21 de março de 2010. Os grifos não constam do original.

²² PINHO, Humberto Dalla Bernadina de. *Teoria geral do processo civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 31.

Isso porque o acesso à justiça seria letra morta se o cidadão pudesse ir ao Judiciário pedir proteção e o Estado, ao invés de negar-lhe a proteção, assegura-lhe essa proteção, mas lentamente e sem eficácia. O acesso à justiça seria vazio de conteúdo e inoperante.

E o verdadeiro acesso à justiça, na visão de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, depende do fortalecimento da tutela coletiva. A concepção tradicional de processo, segundo os juristas, não deixava espaço para a proteção dos direitos difusos, e a proteção de tais interesses tornou-se necessária. “A visão individualista do devido processo judicial está cedendo lugar rapidamente, ou melhor, está se fundindo com uma concepção social, coletiva.”²³

Também importantes vozes no Brasil, como a de Luiz Guilherme Marinoni:

“O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva incide sobre o legislador e o juiz, ou seja, sobre a estruturação legal do processo e sobre a conformação dessa estrutura pela jurisdição.

Assim, obriga o legislador a instituir procedimentos e técnicas processuais capazes de permitir a realização das tutelas prometidas pelo direito material e, inclusive, pelos direitos fundamentais materiais, mas que não foram alcançadas à distância da jurisdição. Nesse sentido se pode pensar, por exemplo, ... iii) nos procedimentos dirigidos a proteger os direitos transindividuais ...”²⁴

Um dos maiores especialistas no tema, no Brasil, Aluisio Gonçalves Castro Mendes leciona acerca dos quatro objetivos principais das ações coletivas, reforçando seu fundamento constitucional:

“a) a ampliação do acesso à Justiça, de modo que os interesses da coletividade, como o meio ambiente, não fiquem relegados ao esquecimento; ou que causas de valor individual menos significantes, mas que reunidas representam vultosas quantias, como os

²³ CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. Ob. cit., pp. 18-25.

²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Idéias para um ‘renovado direito processual’. *Bases científicas para um renovado direito processual*. Org. de Athos Gusmão Carneiro e Petrônio Calmon. Salvador: Editora Podivm, 2009, p. 131

direitos dos consumidores, possam ser apreciados pelo Judiciário;

b) que as ações representem, de fato, economia judicial e processual, diminuindo, assim, o número de demandas ajuizadas, originárias de fatos comuns e que acabam provocando acúmulo de processos, demora da tramitação e perda na qualidade da prestação jurisdicional: ao invés de milhões ou milhares de ações, sonhamos com o tempo em que conflitos multitudinários ... possam ser resolvidos mediante uma única demanda e um único processo;

c) com isso, as ações coletivas poderão oferecer, também, maior segurança para a sociedade, na medida em que estaremos evitando a prolação de decisões contraditórias em processos individuais, em benefício da preservação do próprio princípio da igualdade: o processo, sendo coletivo, servirá como instrumento de garantia da isonomia e não como fonte de desigualdades; e

d) que as ações coletivas possam ser instrumento efetivo para o equilíbrio das partes no processo, atenuando as desigualdades e combatendo as injustiças praticadas no Brasil.”²⁵

Ainda no Brasil, impossível deixar de mencionar Ada Pellegrini Grinover:

“Percebe-se, assim, que o acesso à justiça para a tutela de interesses transindividuais, visando à solução de conflitos que, por serem de massa, têm dimensão social e política, assume feição própria e peculiar no processo coletivo. O princípio que, no processo individual, diz respeito exclusivamente ao cidadão, objetivando nortear a solução de controvérsias limitadas ao círculo de interesse da pessoa, no processo coletivo transmuda-se em princípio de interesse de uma coletividade, formada por centenas, milhares e às vezes milhões de pessoas.”²⁶

²⁵ MENDES, Aluisio Gonçalves Castro. O direito processual coletivo brasileiro em perspectiva. *Bases científicas para um renovado direito processual*. Org. de Athos Gusmão Carneiro e Petrônio Calmon. Salvador: Editora Podivm, 2009, p. 641

²⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. Direito processual coletivo. *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. Coord. De Ada Pellegrini Grinover, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Kazuo Watanabe. São Paulo: RT, 2007, p. 12.

Nos Estados Unidos da América a percepção é a mesma:

“The class action permits a lawsuit to be brought by or against large numbers of individuals or organizations whose interests are sufficiently related so that it is more efficient to adjudicate their rights or liabilities in a single action than in a series of individual proceedings.”²⁷

Maurino, Nino e Sigal, da Argentina, chegam a afirmar que correlação entre tutela coletiva e acesso à justiça é óbvia:

“Tal como dijimos al comenzar este capítulo, sin la efectiva existencia de acciones colectivas, muchas afectaciones a derechos quedarían privadas de remedio jurídico. En particular, las acciones colectivas son el mecanismo por excelencia para la tutela efectiva de los derechos de incidencia colectiva, ... En otras palabras los derechos de incidencia colectiva ‘necesitan’ acciones colectivas para su tutela judicial efectiva.

No vamos a extendernos demasiado en este punto, que consideramos obvio.”²⁸

Na Europa a percepção não é diferente, como explica Christopher Hodges:

“The basic claim is that collective actions are perceived as tools for increasing access to justice. The argument is that consumers or small businesses with small-value claims cannot afford to bring them, and may not even know that they have suffered loss or how to claim compensation. The result would be that loss is uncompensated and those who cause it have had an unjust windfall.”²⁹

Portanto partimos das seguintes premissas, que são a base teórica central desta queixa:

²⁷ FRIEDENTHAL, Jack H., KANE, Mary Kay e MILLER, Arthur R. *Civil procedure*. St. Paul: Thomson/West, 2005, pp. 757-758.

²⁸ MAURINO, Gustavo, NINO, Ezequiel e SIGAL, Martín. *Las acciones colectivas: análisis conceptual, constitucional, procesal, jurisprudencial y comparado*. Buenos Aires: LexisNexis, 2005, pp. 246-247.

²⁹ HODGES, Christopher. *The reform of class and representative actions on European legal systems: a new framework for collective redress in Europe*. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2008, p. 187.

(1) o acesso à justiça é direito fundamental do cidadão garantido na Convenção Interamericana de Direitos Humanos;

(2) acesso à justiça significa acesso à tutela jurisdicional rápida e eficaz;

(3) a tutela jurisdicional coletiva é inerente ao acesso à justiça.

A TUTELA COLETIVA NA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL

Na Constituição de 1988, a primeira Carta Magna efetivamente democrática do Brasil, consagrou-se a tutela coletiva como instrumento essencial de acesso à justiça.

O art. 5º da Carta brasileira, que trata dos direitos fundamentais, dispõe: XXXV - *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.*

Essa a redação brasileira para o mundialmente consagrado princípio do acesso à justiça, previsto também no art. 25 da CIDH. Estão aí consagrados os princípios fundamentais expostos acima.

Não obstante a redação do referido dispositivo constitucional, a Constituição brasileira consagrou ainda a tutela coletiva em outros dispositivos, conforme se verá com grifos nossos:

*Art. 5º, LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor **ação popular** que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;*

*Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos **interesses sociais e individuais indisponíveis.***

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;

§ 1º - A legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei.

Inegável pois a previsão constitucional da tutela coletiva no direito brasileiro.

A TUTELA COLETIVA NA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL

A legislação infraconstitucional igualmente consagrou na tutela coletiva um importante mecanismo de tutela de direitos fundamentais, através de vários dispositivos que permitem uma maior eficácia desse tipo de tutela jurisdicional.

O problema no Brasil é o excesso de Leis que dispõem, direta ou indiretamente, sobre a tutela coletiva. Na falta de um diploma único (Código de Processo Civil Coletivo) o que se produziu foram diversas leis esparsas, muitas sem conexão entre si, que separadamente não dão à tutela coletiva a importância que ela deveria ter. Para a doutrina isso não é problema, posto que defende-se a existência de um **microssistema de tutela coletiva** que consagraria todas as regras que atualmente encontram-se separadas.

A consagrada Ada Pellegrini Grinover leciona:

“... tudo autoriza o Brasil a dar um novo passo rumo à elaboração de uma Teoria Geral dos Processos Coletivos, assentada no entendimento de que nasceu um novo ramo da ciência processual, autônomo na medida

em que observa seus próprios princípios e seus institutos do direito processual individual.”³⁰

Temos no Brasil, exemplificadamente, a Lei da Ação Popular (Lei 4717/65), a Lei da Ação Civil Pública (Lei 7437/85) e o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8078/90), todos prevendo uma tutela jurisdicional coletiva para proteção de interesses coletivos *lato sensu* (difusos, coletivos e individuais homogêneos).

V – FATO OU SITUAÇÃO DENUNCIADA

A LIMITAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL À TUTELA COLETIVA

Porém setores governamentais e representantes poderosos de pessoas jurídicas interessadas encontraram no Governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso (01/01/95 até 01/01/03) um aliado na luta **contra** a tutela coletiva, e aí começaram os ataques em série, todos objetivando a sua aniquilação, posto que ela havia se demonstrado um instrumento eficiente de proteção de direitos não individuais.

A vontade do Governo concretizava-se por Medidas Provisórias, que são atos do Poder Executivo dotados com força de lei, que não precisam passar pela aprovação no Legislativo para começarem a vigor no direito brasileiro. E assim sucederam-se uma série de Medidas Provisórias, todas ferindo de morte a tutela coletiva, conforme se verá.

A primeira Medida Provisória foi a 2.180-35/01 – reeditada por inacreditáveis 35 vezes – até ser transformada, como num passe de mágica, em lei pela Emenda Constitucional 32/2001, e assim ficaram valendo definitivamente as limitações, cujas principais são:

(A) não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS

³⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. Ob. cit., p. 11.

ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados (parágrafo único do art. 1º da Lei da Ação Civil Pública – LACP, alterado pela Medida Provisória 2.180-35/01);

(B) a sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova (art. 16 da LACP, alterado pela Lei 9494/97);

Passamos à explicação de cada uma dessas limitações.

A) PROIBIÇÃO DA TUTELA COLETIVA EM DETERMINADAS MATÉRIAS

O referido dispositivo legal – art. 1º, p. ún. da LACP – simplesmente proíbe a utilização de ações coletivas que versem sobre as matérias que especifica (tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados), sem nenhuma justificativa plausível, que não seja de ordem política e descompromissada com os direitos constitucionais e internacionais do cidadão.

No Brasil as críticas foram quase unânimes, havendo obviamente vozes – pouquíssimas vozes – em sentido contrário, mas no geral a doutrina brasileira produziu uma avalanche de críticas à inovação, colocando em dúvida a sua constitucionalidade, face o panorama traçado mais acima.

Por todos, citamos Gregório Assagra de Almeida, que em 2003 afirmou existir um movimento, liderado de forma reacionária pelo Governo Federal, que pretende limitar o objeto da ação civil pública, para que ela não possa ser instrumento de tutela de alguns direitos coletivos e difusos, especialmente aqueles referentes às questões tributárias e

previdenciárias. A referida Medida Provisória é taxada pelo jurista de reacionária e flagrantemente inconstitucional.³¹

Assim sendo, se o Governo brasileiro instituir um tributo que os cidadãos considerem inconstitucional, não poderá haver ação coletiva que impeça a cobrança, posto que a lei simplesmente proíbe. O objetivo da proibição é fazer com que cada cidadão ajuíze uma ação individual para pedir a proteção dos seus direitos, porém sabe-se que os custos do processo são elevados, e muitas vezes superam o benefício a ser alcançado, ou seja, se a quantia que tiver que ser paga pelo cidadão for de pequena monta, não há viabilidade econômica para a propositura da ação individual. Considerando ainda um país com as dimensões territoriais do Brasil, o comum é que a grande maioria das pessoas não saiba dos seus direitos e simplesmente não ajuízem a ação por falta de informação.

A tutela coletiva poderia tutelar os direitos dos cidadãos, mas razões políticas fizeram com que essa limitação fosse imposta no ordenamento jurídico interno: simplesmente não cabe uma ação coletiva.

(B) LIMITAÇÃO DA COISA JULGADA À COMPETÊNCIA DO ÓRGÃO PROLATOR DA DECISÃO

Essa talvez seja a limitação mais bizarra de todas, posto que maliciosamente confunde competência com coisa julgada, institutos completamente distintos. Através desse dispositivo legal a coisa julgada fica limitada à competência do órgão prolator da decisão. Um verdadeiro atentado às ações coletivas.

O objetivo é muito claro: limitar a eficácia da decisão a ser proferida na ação coletiva, impedindo que uma sentença tenha validade em todo o território nacional.

A posição doutrinária amplamente dominante é no sentido de “demonizar” a alteração levada a cabo pelo Poder Executivo e avalizada pelo Legislativo. Rodolfo de Camargo Mancuso esclarece que:

³¹ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 340.

“... no âmbito das ações de tipo coletivo – justamente porque aí se lida com indeterminação de sujeitos e com indivisibilidade do objeto – o critério deve ser outro, porque impende atentar para a projeção social do próprio interesse metaindividual. Tudo assim reflui para que a resposta judiciária, no âmbito da jurisdição coletiva, desde que promanada de juiz competente, deve ter eficácia até onde se revele a incidência do interesse objetivado, e por modo a se estender a todos os sujeitos concernentes, e isso, mesmo em face do caráter unitário desse tipo de interesse, a exigir uniformidade do pronunciamento judicial.”³²

Aluisio Gonçalves de Castro Mendes é mais incisivo:

“A inovação é manifestamente inconstitucional, afrontando o poder de jurisdição dos juízes, a razoabilidade e o devido processo legal. ... As regras de competência fixarão, sim, quem deva ser responsável pelo processo, não se prestando, portanto, para tolher a eficácia da decisão, principalmente sob o prisma territorial.

Da mesma forma, há que ser invocada, mais uma vez, a indivisibilidade do objeto, quando o interesse for difuso ou coletivo, não sendo possível o seu fracionamento para atingir parte dos interessados, quando estes estiverem espalhados também fora do respectivo foro judicial.”³³

A maioria da doutrina, como dito anteriormente, critica o dispositivo “deformado” pela Medida Provisória, ora taxando-o de inconstitucional, ora de absolutamente inócuo³⁴, já que é inútil limitar a coisa julgada pela competência, dois institutos distintos, posto que isso resultaria na ineficácia da norma, já que a extensão da coisa julgada está vinculada ao

³² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores (Lei 7.347/85 e legislação complementar)*. 5ª ed. São Paulo: RT, 1997, p. 207.

³³ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: RT, 2002, p. 265.

³⁴ LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. São Paulo: RT, 2003. MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. SOUZA, Motauri Ciochetti de. *Ação civil pública: competência, e efeitos da coisa julgada*, São Paulo: Malheiros, 2003. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

pedido formulado na inicial, posto que o que transita em julgado é o dispositivo e este nada mais é do que uma resposta ao pedido formulado pelo autor. E é exatamente pelo pedido que se afere o tipo de interesse tutelado na ação coletiva, se difuso, coletivo ou individual homogêneo, de modo que se o pedido for, por exemplo, a tutela de um interesse difuso, eventual sentença de procedência vai beneficiar todos os titulares indetermináveis desse interesse, e obviamente a coisa julgada valerá *erga omnes*, tal qual previa a redação originária do art. 16 da LACP. Assim sendo, é absolutamente inútil a vinculação da coisa julgada à competência.

“Além disso, como apontou Nelson Nery Jr. ... o dispositivo levaria a uma situação inusitada: a sentença brasileira pode produzir efeito em qualquer lugar do planeta, desde que submetida ao procedimento de homologação perante o tribunal estrangeiro competente; do mesmo modo, uma sentença estrangeira pode produzir efeito em todo o território nacional, desde que submetida ao procedimento de homologação da sentença estrangeira perante o STJ. ... No entanto, uma sentença brasileira coletiva somente poderia produzir efeitos nos limites territoriais do juízo prolator. Trata-se de um absurdo sem precedentes. Seria o caso de submeter essa sentença ao STJ, para que ela pudesse produzir efeitos em todo o território nacional?”³⁵

O objetivo na verdade é forçar a propositura de diversas ações coletivas pelo território nacional, para que a coisa julgada só valha nos limites da competência territorial do órgão prolator. Assim sendo, se p. ex. o Ministério Público do Rio de Janeiro conseguir, via ação coletiva, declarar a nulidade de cláusulas de um contrato bancário, a decisão só valerá dentro dos limites do território do Estado do Rio de Janeiro, mesmo que o contrato, declarado nulo, seja o mesmo em todo o território nacional. Fácil é perceber a inconveniência dessa norma, já que a sentença no Rio de Janeiro pode ser procedente, mas em São Paulo improcedente, e o mesmo contrato, exatamente o mesmo contrato, pode ter cláusulas, as mesmas cláusulas, válidas em São Paulo e nulas no Rio de Janeiro.

Provas disponíveis

Documentos comprobatórios

³⁵ DIDIER JR. Fredie e ZANETI JR. Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. Vol. 4, 3ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2008, p. 162.

Doc. 1 documentação pessoal do denunciante

Doc. 2 Lei 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública)

Doc. 3 Medida Provisória 2.180-35/01

Doc. 4 Projeto de Lei 5.139

Doc. 5 Resultado da reunião ordinária de 17.03.2010 da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados, que resultou no arquivamento definitivo do Projeto de Lei 5.139

Doc. 6 Ata da reunião ordinária mencionada acima

Doc. 7 EREsp 505.303/SC – Superior Tribunal de Justiça

Doc. 8 RE 559.985/DF – Supremo Tribunal Federal

Doc. 9 EREsp 293.407/SP – Superior Tribunal de Justiça

Doc. 10 AgRg no REsp 167.079/SP – Superior Tribunal de Justiça

Doc. 11 ADI 1.576 – Supremo Tribunal Federal

Doc. 12 Noticiário sobre a rejeição do PL 5.139

Pessoas responsáveis pelos fatos acima mencionados

Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo da República Federativa do Brasil, e todas as pessoas que exercem essas funções no Brasil desde 1993.

**VI – RECURSOS JUDICIAIS DESTINADOS A REPARAR AS
CONSEQÜÊNCIAS DOS FATOS DENUNCIADOS**

**O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, O SUPERIOR TRIBUNAL DE
JUSTIÇA E A LIMITAÇÃO À TUTELA COLETIVA**

A única saída que o cidadão brasileiro tinha, através dos legitimados à tutela coletiva, era o Judiciário. Demonstrado acima que as limitações à tutela coletiva violavam frontalmente o texto constitucional brasileiro, e documentos internacionais, a função primordial do Judiciário – tutela de direitos fundamentais – era previsível, mas não ocorreu.

Todas as limitações à tutela coletiva foram confirmadas pelo Poder Judiciário, esgotando-se assim a tentativa interna de reparar o mal que foi feito. Merece destaque o fato do Ministro Gilmar Ferreira Mendes ter participado ativamente do Governo Fernando Henrique Cardoso, elaborando e assinando Medidas Provisórias limitadoras da tutela coletiva, e depois ter sido nomeado, pelo mesmo Fernando Henrique Cardoso, para ser o guardião da Constituição que vinha sendo sistematicamente violada. Obviamente que no Supremo Tribunal Federal fracassaram as tentativas de se fazer valer a vontade do legislador constituinte e do legislador internacional.

(A) O JUDICIÁRIO E A VEDAÇÃO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Esse o lamentável entendimento do **Superior Tribunal de Justiça – STJ** sobre o tema em comento, ressaltando que este Tribunal é a última palavra no Brasil sobre o que é a lei federal:

TRIBUTÁRIO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – MATÉRIA TRIBUTÁRIA.

A Primeira Seção deste Tribunal Superior, em consonância com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, pacificou o entendimento no sentido da ilegitimidade do Ministério Público para propor ação civil pública que trate de matéria tributária, seja a propositura da ação anterior ou posterior à Medida Provisória n. 2.180-35 de 24.8.2001.

Embargos de divergência providos.

(EREsp 505.303/SC, Rel. Ministro
HUMBERTO MARTINS, PRIMEIRA SEÇÃO,
julgado em 11/06/2008, DJe 18/08/2008).

No **Supremo Tribunal Federal – STF**, Tribunal guardião da Constituição brasileira, o entendimento cristalizado é o mesmo:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TRIBUTÁRIO. ILEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. 2. O Ministério Público não tem legitimidade para propor ação civil pública que verse sobre tributos. Precedentes. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE 559985 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 04/12/2007, DJe-018 DIVULG 31-01-2008 PUBLIC 01-02-2008 EMENT VOL-02305-12 PP-02613)

(B) O JUDICIÁRIO E A LIMITAÇÃO DA COISA JULGADA

Ao julgar os Embargos de Divergência 293.407/SP em 07/06/2006, a Corte Especial do **Superior Tribunal de Justiça, STJ** – a última instância para questões de direito infraconstitucional – decidiu que “nos termos do art. 16 da Lei n. 7.347/85, alterado pela Lei n. 9.494/97, a sentença civil fará coisa julgada *erga omnes* nos limites da competência territorial do órgão prolator.”³⁶ O Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – IDEC, ofereceu Embargos de Divergência contra acórdão da 4ª Turma do STJ que havia decidido limitar a coisa julgada à competência do órgão prolator, sustentando divergência com outro acórdão do STJ (REsp 294.021/PR, Rel. Min. José Delgado, DJU 02.04.2001). O STJ entretanto decidiu que não houve dissenso entre o acórdão embargado e aquele apontado como paradigma, porém manifestou-se no mérito, aduzindo o Relator dos Embargos de Divergência, o Ministro João Otávio de Noronha que:

“Ao caso *sub examine* aplicam-se as alterações introduzidas na Lei n. 7.347/85 pela Lei n. 9.494/97, *in casu* o § 2º do art. 16, uma vez que a sentença (fls. 360/373) e o acórdão do tribunal de origem (fls. 584/593) foram proferidos após a sua vigência. Na linha do entendimento do aresto embargado, menciono, além daqueles anteriormente citados nos presentes autos (REsp n. 665.947/SC, Primeira Turma; e REsp n.

³⁶ Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?ref=LACP-85+MESMO+ART+ADJ+%2700016%27&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=9#>. Acesso em: 28/07/2008.

651.037/PR, Quarta Turma) destacou o REsp n. 175.288/SP, Terceira Turma, relator Ministro Carlos Alberto Menezes de Direito, DJ de 18.11.2002, que, a contrário senso, decidiu em consonância com o acórdão objurgado:

"Ação civil pública. IDEC. Interesses individuais homogêneos. Cadernetas de poupança. Janeiro de 1989. Uniformização de jurisprudência. (...)

7. Sobre o alcance da sentença, não há como dar curso ao especial, porque a limitação da jurisdição está na esfera do banco réu, ou seja, determinou-se o cumprimento da decisão para todos aqueles que mantinham contrato com o mesmo. Além disso, a Lei nº 9.494/97, que alterou o art. 16 da Lei nº 7.347/85, e a Medida Provisória nº 2.180-35/01, que alterou a Lei nº 9.494/97, que cuida da abrangência das sentenças em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, são posteriores à sentença, ao Acórdão recorrido e ao recurso especial.

8. Segundo a jurisprudência desta Corte, os critérios de remuneração estabelecidos na Lei nº 7.730/89, art. 17, inciso I, não têm aplicação às cadernetas de poupança com período mensal iniciado até 15/01/89, sendo certo que o IPC de janeiro de 1989 corresponde a 42,72%.

9. Recurso especial conhecido parcialmente e, nesta parte, provido."

A doutrina não diverge desse entendimento. Essa a lição do mestre sempre evocado Hely Lopes Meirelles *in* Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública..., 26ª edição, atualizada por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes, Malheiros Editores, 2004, págs. 240/241, *in verbis*:

"Atendendo aos reclamos dos tribunais e da doutrina, aos quais nos referíamos nas edições anteriores da presente obra e numa tentativa de aperfeiçoamento da legislação vigente, a Lei n. 9.494/97, de 10.9.1997, alterou a redação do art. 16 da Lei 7.347/85, esclarecendo no seu art. 2º que "a sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator (...)". Assim, buscou-se afastar a tentativa de atribuição de efeitos nacionais a

decisões meramente locais. Como já assinalado, o STF, em 16.4.97, rejeitou o pedido de liminar feito na ADIn n. 1.576 contra o mencionado artigo, que constava da Medida Provisória n. 1.570/97".

Curioso notar que quando o Ministro diz que a doutrina não diverge do posicionamento que está sendo adotado faz menção apenas a Hely Lopes Meirelles, falecido em 1990, em livro de 2004, mas que foi atualizado por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes, ignorando por completo o que diz a doutrina brasileira.

Restringir assim a doutrina brasileira a Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes é no mínimo um desprestígio com a outra gama de autores que, em posição de esmagadora maioria, critica o art. 16 da LACP. Infelizmente não andou bem o STJ, e suas conclusões não retratam a realidade. Poderia o Tribunal, obviamente, até ignorar os anseios da doutrina no sentido da inconstitucionalidade/inutilidade do art. 16 da LACP, mas não nos pareceu legítima a menção à doutrina, como se toda ela estivesse centrada nas mãos de Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes, com todo o respeito que os dois possam merecer.

Não se trata de posicionamento isolado, posto que reiterado em diversas oportunidades, como no recente AgRg no REsp 167.079-SP, decidido pela 4ª Turma do STJ em 19 de março de 2009:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO DO CONSUMIDOR E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LIMITES DA COISA JULGADA. COMPETÊNCIA TERRITORIAL DO ÓRGÃO PROLATOR. ART. 16 DA LEI N. 7.347/85. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Malgrado seja notória a divergência doutrinária e jurisprudencial acerca do alcance da coisa julgada em ações civis públicas que tenham por objeto defesa dos direitos de consumidores, **o STJ encerrou a celeuma, firmando entendimento de que a sentença na ação civil pública faz coisa julgada erga omnes nos limites da competência territorial do Tribunal** (AgRg nos EREsp 253.589/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, julgado em 04/06/2008).

2. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 167.079/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 19/03/2009, DJe 30/03/2009). Grifo nosso.

No **Supremo Tribunal Federal – STF**, entretanto não foi diferente, tendo o Tribunal decidido na Medida Cautelar na ADI 1576, Relator o Ministro Marco Aurélio, julgada pelo Pleno em 16/04/1997, indeferir a liminar pleiteada ao argumento de que “não se tem relevância jurídica suficiente à concessão de liminar no que, mediante o art. 3º da Medida Provisória n. 1570/97, a eficácia *erga omnes* da sentença na ação civil pública fica restrita aos limites da competência territorial do órgão prolator.” O Ministro Néri da Silveira, em seu voto, conclui que “o juiz só pode officiar sobre a matéria, a respeito da qual é competente e dentro dos limites da jurisdição.”³⁷

Como visto, houve o esgotamento no Judiciário das tentativas de eliminar definitivamente as limitações inconstitucionais à tutela coletiva, mas os Tribunais Superiores do Brasil cancelaram as medidas (acórdão na íntegra no anexo), anulando os direitos fundamentais do cidadão e desrespeitando tratados internacionais.

O PROJETO DE LEI DA NOVA LEI DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA E O CONGRESSO NACIONAL

Tramitava no Brasil, até o dia 17 de março de 2010, um Projeto de Lei que alterava a Lei de Ação Civil Pública – um dos mecanismos processuais de tutela coletiva – visando a dar a ela uma feição mais adequada à Constituição e às Leis internacionais, visto que a Lei em vigor no Brasil (Lei 7437) é de 1985, portanto anterior à Constituição de 1988.

O projeto de lei trazia uma série de inovações que serviam para dar mais eficácia à tutela coletiva, concretizando assim mandamentos constitucionais e internacionais que busca uma justiça mais rápida e efetiva, dentre as quais podemos destacar:

³⁷ Disponível em: <http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 28/07/2008.

- + ampliação do rol de bens jurídicos que podem ser objeto de proteção;
- + estabelecimento de princípios pertinentes ao processo civil coletivo;
- + a indicação mais detalhada e expressa dos legitimados;
- + a derrogação da limitação territorial para a coisa julgada;
- + incremento das eficiências das ações coletivas.

Lamentavelmente o Poder Executivo não permitiu que o Projeto acabasse com a limitação do uso da ação coletiva naquelas matérias que ele considera sensíveis porque podem lhe atingir diretamente, revelando que a limitação à tutela coletiva não é bandeira de um determinado Governo, e sim de todos os Governos que assumem a Presidência da República, seja quem for o Presidente.

Ocorre que, apesar de inovador e coerente com a DUDH e a CIDH em muitos aspectos, o Projeto de Lei 5139 sequer foi levado à votação no Plenário da Câmara dos Deputados, posto que foi rejeitado por 17 votos a 14 na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da referida Casa Legislativa no dia 17 de março de 2010.

E assim, com tristeza, a sociedade brasileira assistiu ao fim da tentativa de se emprestar à tutela coletiva o seu real significado constitucional, como elemento integrante do acesso à justiça, consagrado no art. 25 da CIDH.

Essa foi a última tentativa no plano interno de se emprestar alguma utilidade-eficácia às ações coletivas no Brasil, mas foi em vão. Fracassaram tentativas anteriores nos seguintes Poderes:

Executivo – aniquilou a tutela coletiva e se recusou a suprimir, no Projeto de Lei 5139, a restrição às ações coletivas que versem sobre matérias que o Governo tem interesse em não tutelar coletivamente;

Legislativo – arquivou o PL 5139, sequer submetendo-o à votação;

Judiciário – chancelou todas essas limitações.

A última esperança era a Câmara dos Deputados aprovar o PL e submetê-lo a Plenário, mas isso já não é mais possível desde o dia **17 de março de 2010**.

Estão assim preenchidos os requisitos do *six-month rule* e do *exhaustion of domestic remedies*. Sobre esse último leciona Jo M. Pasqualucci:

*“The American Convention, in accordance with international law, provides that the petitioner must, when possible, first exhaust domestic remedies before filing a petition with the Commission. In this regard, the petitioner must provide information on which domestic remedies he or she has attempted to use and the outcome of those attempts.”*³⁸

VII – NÃO HÁ PERIGO PARA A VIDA, A INTEGRIDADE OU À SAÚDE DE ALGUÉM.

VIII – A RECLAMAÇÃO NÃO FOI SUBMETIDA AO COMITÊ DE DIREITOS HUMANOS DA ONU OU A OUTRO ÓRGÃO INTERNACIONAL.

IX – PEDIDO

Através da presente o denunciante vem requerer sejam reconhecidas as violações acima narradas e expedidas recomendações à República Federativa do Brasil, através dos seus três Poderes constituídos (Executivo, Legislativo e Judiciário) para que restabeleçam o princípio internacional do acesso à justiça, suprimindo as limitações à tutela coletiva, fixando prazo para cumprimento.

Caso não seja cumprida a recomendação que seja a denúncia apresentada à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Brasil, Rio de Janeiro, 26 de março de 2010

GUSTAVO SANTANA NOGUEIRA

³⁸ Ob. cit., p. 130.

BIBLIOGRAFIA

ALCALÁ, Humberto Nogueira. El derecho de acceso a la jurisdicción y al debido proceso en el bloque constitucional de derechos en Chile. *La ciencia del derecho procesal constitucional* – estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho. Coord. Humberto Nogueira Alcalá. Santiago: Librotecnia, 2009.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. e revisão Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

CHEMERINSKY, Erwin. *Constitutional law: principles and policies*. New York: Aspen Publishers, 2006.

DIDIER JR. Fredie e ZANETI JR. Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. Vol. 4, 3ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2008.

FRIEDENTHAL, Jack H., KANE, Mary Kay e MILLER, Arthur R. *Civil procedure*. St. Paul: Thomsom/West, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Direito processual coletivo. *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. Coord. De Ada Pellegrini Grinover, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Kazuo Watanabe. São Paulo: RT, 2007.

HODGES, Christopher. *The reform of class and representative actions on European legal systems: a new framework for collective redress in Europe*. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2008.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores (Lei 7.347/85 e legislação complementar)*. 5ª ed. São Paulo: RT, 1997.

MARINONI, Luiz Guilherme. Idéias para um ‘renovado direito processual’. *Bases científicas para um renovado direito processual*. Org. de Athos Gusmão Carneiro e Petrônio Calmon. Salvador: Editora Podivm, 2009.

MAURINO, Gustavo, NINO, Ezequiel e SIGAL, Martín. *Las acciones colectivas: análisis conceptual, constitucional, procesal, jurisprudencial y comparado*. Buenos Aires: LexisNexis, 2005.

MENDES, Aluisio Gonçalves Castro. O direito processual coletivo brasileiro em perspectiva. *Bases científicas para um renovado direito processual*. Org. de Athos Gusmão Carneiro e Petrônio Calmon. Salvador: Editora Podivm, 2009.

_____. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: RT, 2002.

MORELLO, Augusto M. *La eficacia del proceso*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2001.

PASQUALUCCI, Jo M. *The practice and procedure of the Inter-American Court of Human Rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

PINHO, Humberto Dalla Bernadina de. *Teoria geral do processo civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*, 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, 11ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

PROVAS ATÍPICAS E EFETIVIDADE DO PROCESSO

João Batista Lopes

*Doutor em Direito e Professor dos Cursos de Mestrado
e Doutorado da PUC/SP. Desembargador aposentado.
Consultor Jurídico e parecerista*

Sumário: *Introdução; 1. Provas típicas e atípicas; 2. Exemplos de provas atípicas; a) prova emprestada; b) declarações de terceiros; c) perícias extrajudiciais; d) comportamento das partes; e) notícias da mídia; 3. Objeções da doutrina à admissibilidade das provas atípicas; 4. Valoração das provas atípicas; 5. Em que medida as provas atípicas podem contribuir para a efetividade do processo?*

INTRODUÇÃO

A importância do estudo dos meios de prova para a efetividade da jurisdição é inquestionável e, por isso, ganha relevo o tema das chamadas *provas atípicas* (meios não previstos expressamente no ordenamento, mas cuja admissibilidade é decorrência do sistema probatório).

Consoante o art. 332 do vigente CPC:

“Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa”.

A amplitude admitida no preceito legal constituiu inovação relativamente ao Código de 1939, que abrangia somente *as espécies de prova reconhecidas nas leis civis e comerciais*.

A exemplo do Código de 1939, orientação restritiva foi adotada também pelo Código Civil de 2002, que se inclinou pela *tipificação* dos meios de prova ao prescrever, no art. 212:

“Salvo o negócio a que se impõe forma especial, o fato jurídico pode ser provado mediante:

- I – confissão;
- II – documento;
- III – testemunha;
- IV – presunção;
- V – perícia”

Para logo, chama a atenção do intérprete o silêncio do legislador civil em relação a um dos mais tradicionais meios de prova (o depoimento pessoal) e a falta de técnica ao incluir a *presunção* no elenco do citado art. 212.

Com efeito, o depoimento pessoal constitui importante meio de prova de que se vale a parte, na audiência, notadamente quando ausentes outros elementos de convicção. E a *presunção* não é um meio de prova, mas uma operação mental (raciocínio) pelo qual, partindo-se de fato conhecido e provado, chega-se ao fato cuja existência se quer demonstrar (*fato probando*).

Críticas à parte, mais útil será indagar do sentido e alcance prático das *provas atípicas*, o que se tentará fazer nos itens seguintes.

1.PROVAS TÍPICAS E ATÍPICAS

Pelo *princípio da tipicidade*, só são admitidos os meios de prova previstos na legislação. Tal orientação, como vimos, foi adotada no Código de 1939 e no Código Civil de 2002.

Em sentido oposto, o *princípio da atipicidade*, acolhido no Código de 1973, significa admissibilidade de todos os meios de prova (previstos, ou não, na legislação,

desde que moralmente legítimos). Assim, o sistema abarca não só as provas *típicas*, mas também as *atípicas*.

Sobre o conceito de provas atípicas escrevemos em outra sede:

“Sob a denominação *provas atípicas* tem a doutrina, especialmente a italiana, discutido a admissibilidade de provas não previstas no ordenamento jurídico ou obtidas de forma irregular, ainda que lícita.

Autores como ANDOLINA e VIGNERA entendem que o princípio geral da liberdade de provar é projeção da garantia constitucional do direito à prova.

COMOGLIO, FERRI e TARUFFO, em obra recente, anotam que a jurisprudência se vale, frequentemente, de provas atípicas, como escritos provenientes de terceiros, declarações extrajudiciais, o comportamento extraprocessual das partes, as perícias particulares etc.

(...)

Não se cuida de enfrentar o dilema *numerus clausus-numerus apertus*, porque a lei brasileira se filia claramente ao princípio da liberdade da prova.

Também não se trata de discussão sobre a admissibilidade dos meios modernos de captação ou reprodução dos fatos (fotografia, cinematografia, gravações fonográficas etc.) expressamente admitidos no art. 383 do CPC.

O tema deve comportar outra perspectiva: saber se, além das hipóteses em que a lei, implícita ou explicitamente, admite determinados meios de prova, outras ainda existem a merecer acolhimento pelos operadores do direito.

BARBOSA MOREIRA (...) apontou algumas situações que espelham precisamente o problema ora em discussão: as declarações fornecidas por terceiros; o comportamento das partes e das testemunhas fora do processo; os indícios e as presunções; a prova emprestada.”¹

¹ *A prova no direito processual civil*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 174.

A especial atenção dedicada pela doutrina às provas atípicas justifica-se à luz da moderna concepção do princípio do contraditório, que não se exaure no binômio *informação-reação*, mas inclui o *direito à prova*, assim entendido:

- a) o direito de indicar os meios pertinentes para demonstrar a existência dos fatos alegados;
- b) o direito de produzir efetivamente as provas pertinentes e adequadas ao caso;
- c) o direito de demonstrar que as provas produzidas pelo adversário não são concludentes ou idôneas;
- d) o direito à valoração da prova segundo critérios técnicos admitidos pelo sistema.²

Em sentido semelhante, JOAN PICÓ I JUNOY, em monografia que constitui referência no estudo do tema, aponta os aspectos principais do direito à prova, a saber:

- i) o direito a que se admita toda prova que respeite os limites legais de proposição;
- ii) o direito de ver a prova admitida ser praticada, ou seja, ser efetivamente produzida;
- iii) o direito à valoração motivada da prova produzida.³

Assentada a relevância do tema, cumpre discorrer sobre algumas das provas atípicas e verificar em que medida elas contribuem para o esclarecimento dos fatos e, como corolário, para a efetiva tutela de direitos, o que se fará no item seguinte.

2. ALGUNS EXEMPLOS DE PROVAS ATÍPICAS

² Assim, COMOGLIO, FERRI e TARUFFO. *Lezioni sul processo civile*. Bolonha: Il Mulino, 1995, p.512.

³ *El derecho a la prueba em el proceso civil*. Barcelona: Jose Maria Bosch, Editor, 1996, p.21.

Incursão pela doutrina autorizada permite, desde logo, apontar os exemplos mais comuns de provas atípicas: a prova emprestada, as declarações de terceiros e as perícias extrajudiciais. Também se pode cogitar do comportamento das partes, no processo e fora dele, como elemento de convicção para julgamento da lide. Ainda se poderiam incluir no elenco as notícias ou entrevistas divulgadas na mídia, cuja análise, porém, deve ser feita em separado.

a) Prova emprestada

Conquanto se possa pôr em dúvida se, tecnicamente, a *prova emprestada se inclui entre as provas atípicas* – em verdade, cuida-se mais propriamente da forma ou modo pelo qual uma prova (típica ou atípica) ingressa nos autos, e não de uma espécie diversa de prova – nada impede seja ela estudada como tal, presente a circunstância de não estar prevista expressamente, no ordenamento, sua admissibilidade.

O clássico LESSONA, após pôr em relevo que, sob o aspecto estritamente moral, as provas colhidas em outros juízos não deveriam ser recebidas, justifica a admissibilidade da prova emprestada invocando necessidades de ordem prática.⁴

Além das necessidades de ordem prática, razões de ordem jurídica recomendam a admissibilidade das provas atípicas, presente a preocupação com a efetividade do processo, como veremos mais adiante.

A admissibilidade da prova emprestada tem sido proclamada pela jurisprudência com apoio na doutrina dominante, mas sua eficácia depende de alguns requisitos, a saber:

- i) que a prova tenha sido produzida em processo envolvendo as mesmas partes;
- ii) que, na colheita da prova, tenham sido observadas as garantias constitucionais do processo e as formalidades legais em sua produção;

⁴ *Teoría general de la prueba en Derecho Civil*. Madri: Editorial Reus, 1928, p.15.

- iii) que haja identidade entre o fato objeto da prova emprestada e o fato probando;
- iv) que seja difícil, ou muito onerosa, sua reprodução.

Importa ressaltar, porém, que uma vertente jurisprudencial vem flexibilizando a observância ao primeiro dos requisitos supracitados, para admitir a prova emprestada mesmo na hipótese de não haver identidade de partes, como se pode confirmar em julgado do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, de relatoria do Des. JOEL FIGUEIRA JÚNIOR, *verbis*:

“Para que se admita a **PROVA EMPRESTADA**, não se faz mister que sejam, necessariamente, as mesmas partes envolvidas em ambas as ações, sendo possível que os autores sejam diversos e que se verifique a coincidência apenas dos sujeitos que integram o polo passivo das lides, sobretudo quando observado o contraditório nas duas demandas.”⁵

A tese foi reafirmada em outro precedente da mesma Corte, com voto condutor do Des. JAIME RAMOS:

“Em que pese não haver identidade de partes nos autos, constata-se que a ré nas duas ações foi a mesma, ou seja, a Companhia Catarinense de Águas e Saneamento –CASAN, bem como o objeto do pedido era idêntico, ou seja, a repetição de indébito pela falha nos serviços de coleta e tratamento de esgoto.

Posto isso, perfeitamente possível a realização da prova emprestada, inclusive a ser determinada de ofício pelo douto Magistrado que, como se sabe, é o Presidente do processo e destinatário da prova.”⁶

⁵ Apelação Cível 2005.033612 – Rel. Des. JOEL FIGUEIRA JÚNIOR- 1ª. Câmara de Direito Civil – J. 29/10/2009.

⁶ Apelação Cível 2008.031571-6 – Rel. Des. JAIME RAMOS – 4ª. Câmara de Direito Público. J. 10/12/2009.

Manifestando-se sobre o ponto, LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART mostram que, em relação a meios de prova que *sempre admitem o contraditório integral posteriormente a sua produção* (v.g., prova documental) não há óbice ao empréstimo da prova, mesmo quando diferentes as partes.

Já em relação à prova testemunhal, por exemplo, diversa é a orientação, porque se poderá cogitar de fatos ou aspectos que não foram objeto do processo anterior.

Presentes tais considerações, chega-se à conclusão de a questão da admissibilidade da prova emprestada está diretamente ligada à necessidade de obediência estrita ao princípio do contraditório. Ao juiz caberá, pois, em cada caso examinar se, com o empréstimo da prova, poderá ser vulnerado esse princípio, cujo elastério já foi exposto anteriormente (*trinômio informação-reação-participação*).

b) Declarações de terceiros

As declarações de terceiros são apontadas, geralmente, pela doutrina como uma das espécies de prova emprestada.

Se é certo que terceiros, quando tiverem conhecimento de fatos de interesse da causa, deverão ser chamados para depor como testemunhas, também é exato que, às vezes, o depoimento se torna inviável como na hipótese de falecimento ou grave enfermidade. Na impossibilidade de produção da prova testemunhal, deve ser admitida a juntada aos autos de declarações subscritas por terceiros, como ocorre, geralmente, na ação de usucapião e nas possessórias.

É inquestionável que as meras declarações não se equiparam ao depoimento testemunhal prestado sob o crivo do contraditório, mas poderão robustecer a convicção do magistrado, se em harmonia com o conjunto probatório.

Especial cautela recomenda-se, porém, na recepção de tal prova, já que não é incomum a hipótese de tais declarações serem elaboradas pelos próprios interessados, e não por quem as subscreva.

c) Perícias extrajudiciais

A prova pericial, tal como disciplinada no CPC, não pode prescindir do rigor formal ali estabelecido: nomeação do perito pelo juiz, compromisso do perito, formulação de quesitos pelo juiz e pelas partes, apresentação do laudo pericial, oferecimento de pareceres técnicos pelos assistentes, esclarecimentos do perito. Nos Juizados Especiais, vigora a informalidade, ou seja, a perícia é realizada segundo modelo de *investigação técnica-oral*.⁷

Mesmo no sistema do CPC, porém, admite-se modelo menos rigoroso, podendo o juiz substituir a perícia por inquirição de técnico (quando a natureza do fato o permitir) ou por pareceres técnicos elucidativos (arts. 421, § 2º e 427).

Em assim sendo, não se vê razão para recusa à apresentação, pelas partes, de perícias extrajudiciais, cujo valor probante dependerá da qualificação técnica e idoneidade do “expert”.

d) Comportamento das partes como prova atípica

Perfunctório exame da matéria poderia conduzir à conclusão de que o comportamento das partes no processo, ou fora dele, poderia ser qualificado como prova atípica.

Entretanto, em rigor técnico, não se cuida de meio de prova *sui generis* ou atípico, mas tão somente de indício que poderá ser considerado pelo juiz na motivação da sentença.

⁷ Cf. JOEL DIAS FIGUEIRA JUNIOR, *Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais*. 2ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 260; FERNANDO DA FONSECA GAJARDONI, *Comentários à Nova Lei dos Juizados Especiais da Fazenda Pública* (ob. coletiva). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.109.

É inquestionável que o comportamento das partes pode influenciar a formação do convencimento do juiz. Os exemplos são muitos: o não comparecimento ao interrogatório informal determinado pelo juiz; a recusa em submeter-se a exame médico; o silêncio da parte quando tem obrigação de falar (*qui tacet consentire videtur si loqui debuisset ac possuisset*).

A doutrina argentina tem discutido amplamente o tema, mostrando sua relevância para a formação da convicção do juiz.

KIELMANOVICH mostra que a postura do litigante, a argumentação de que se valha, a falta de colaboração no esclarecimento dos fatos etc. podem fornecer indícios sobre a sinceridade e seriedade de sua posição processual. Adverte, porém, não se cuidar de submeter as partes a um imperativo ético para sacrificar seus direitos, mas de “*una pragmática carga de colaboración*” de que elas não podem fugir.⁸

Naturalmente, como ocorre com qualquer outro indício, o comportamento das partes não poderá, *per se*, escorar a sentença, mas terá de ser combinado com outros elementos probatórios. Vale, ao propósito, a recomendação dos doutores no sentido de que os indícios devem ser *concordantes e veementes* numa mesma direção.

e) Reportagens ou notícias de jornais, televisão ou internet.

Como é curial, o juiz não pode decidir com base em notícias ou reportagens da mídia, já que são notórias as influências que podem comprometer sua credibilidade.

Contudo, não se pode descartar a importância dos meios de comunicação social na formação da opinião pública e, à evidência, também do juiz, que deve ser “um homem do seu tempo”.

Como adverte TARUFFO, “*em grande parte, o raciocínio do juiz não é regido por normas, nem determinado por critérios ou fatores de caráter jurídico (...) Para ser um bom intérprete, o juiz deve ser consciente da fragmentação e variedade das coordenadas*

⁸ *Teoría de la prueba y medios probatorios*. Buenos Aires: Abeledo Perrot. 1996, p.502.

*cognoscitivas e valorativas que são as notas dominantes da sociedade atual(...) o conhecimento do mundo é o resultado de um incerto, laborioso, complicado e jamais exaurido processo de aprendizado e interpretação”.*⁹

O magistrado experiente e bem informado certamente não confundirá a imprensa séria com a “imprensa marrom”; a reportagem criteriosa com a sensacionalista; a notícia institucional com a mera especulação.

De qualquer modo, insista-se: a informação da mídia, desacompanhada de outros elementos probatórios, não é suficiente para atender à garantia constitucional da fundamentação das decisões judiciais.

3. OBJEÇÕES DA DOUTRINA À ADMISSIBILIDADE DAS PROVAS ATÍPICAS

Sem embargo da relevância de que se vêm revestindo as provas atípicas, nem todos os doutrinadores lhe emprestam maior significação.

PISANI, por exemplo, opõe reservas a algumas das hipóteses normalmente admitidas pela doutrina como provas atípicas. Alude, nesse sentido, à inadmissibilidade das perícias privadas, que traduziriam procedimento contrário à modalidade típica de perícia (“consulenza tecnica”). Também, impugna o pretendido aproveitamento, como prova atípica, dos meios de prova produzidos ilegitimamente no processo. De outra parte, ressalta o equívoco em pretender-se incluir, no elenco de provas atípicas, as presunções simples que, na verdade, significam apenas a atividade lógico-dedutiva do juiz para chegar ao fato probando, e não propriamente um meio de prova.¹⁰

COMOGLIO, FERRI e TARUFFO, diversamente, mostram que não vigora, no sistema italiano, o princípio da taxatividade dos meios de prova e que as reservas opostas

⁹ *Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz*. Curitiba: IBEP, 2001, pp.7 e 40.

¹⁰ PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. 2ª ed. Nápoles: Jovene, 1996, p.481.

pela doutrina têm sido superadas pela jurisprudência. Diante disso, concluem pela inviabilidade da recusa às provas atípicas, mas recomendam sejam submetidas a particular atenção e critérios racionais em sua avaliação.¹¹

Em conclusão, a questão não se põe no plano da admissibilidade, mas da valoração da prova emprestada, o que se pretende expor no item seguinte.

4. VALORAÇÃO DAS PROVAS ATÍPICAS

Assentada a tese da admissibilidade das provas atípicas, há que enfrentar outro aspecto do problema: como devem elas ser valoradas.

Não nos parece exista um problema particular no que respeita à valoração das provas atípicas.

O vigente CPC, ao revés do que muitos sustentam, adotou o critério da *persuasão racional*, e não o da *livre convicção*, na medida em que conferiu ao julgador relativa (e não absoluta) liberdade na apreciação das provas. Além disso, impôs ao juiz o dever de indicar, na sentença, os elementos constantes dos autos que lhe formaram o convencimento.

Com efeito, interpretação atrelada à literalidade do art. 131 do CPC é repelida pela doutrina mais autorizada, uma vez que o juiz não pode decidir exclusivamente com base em suas impressões pessoais, mas tem de atender aos critérios que regem o direito probatório, sem desprezar, naturalmente, as regras da lógica, os postulados das ciências, os princípios básicos da economia, as regras de experiência etc.

Para formar seu convencimento deverá o juiz considerar o conjunto das provas, sejam elas típicas ou atípicas. Naturalmente, em relação às provas produzidas sob sua direção, mais confortável será ao julgador atribuir-lhes o valor que merecerem, o que se torna mais difícil quando se cuidar de prova emprestada. Por exemplo, ao colher o depoimento de uma testemunha, o juiz poderá sentir-lhe as reações, evasivas etc.; ao analisar um laudo pericial elaborado por perito de sua confiança, mais seguro se sentirá do

¹¹ Ob.cit., pp.516/518.

que em relação a um perito desconhecido que subscreveu trabalho apresentado em processo anterior.

Daí não se conclua, porém, pela imprestabilidade da prova emprestada.

Já foi dito que a liberdade do juiz, na avaliação da prova, não é absoluta. O convencimento do juiz deve ser decorrência do exame do conjunto probatório, razão por que a ele incumbe considerar todos os elementos constantes dos autos, sem converter-se, porém, em *investigador de fatos*.¹²

Contudo, ao fundamentar a sentença, não poderá o juiz dizer, genericamente, que formou sua convicção com base no “conjunto probatório”, mas terá de indicar o(s) meio(s) de prova em que se escorou para solucionar a causa.

Naturalmente, dependendo da natureza da matéria, alguns meios de prova serão adequados, e outros não, a esclarecer os fatos alegados. Por exemplo, em se cuidando de fixar o grau de incapacidade física do autor, a perícia será de rigor; já, em ação possessória, a prova testemunhal será importante e, até mesmo, decisiva; e para demonstrar o domínio sobre imóvel, será indispensável a prova documental (instrumento público).

5. EM QUE MEDIDA AS PROVAS ATÍPICAS PODEM CONTRIBUIR PARA A EFETIVIDADE DO PROCESSO?

Efetividade do processo é um conceito indeterminado, registrando, a doutrina, panorama de grandes contrastes.

Numa concepção puramente pragmática, será efetivo o processo que garantir, no plano do direito material, o mesmo resultado que se obteria se não fosse necessário ingressar em juízo. Fala-se, assim, em processo civil de resultados.

¹² LOPES, Maria Elizabeth de Castro. *O juiz e o princípio dispositivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

Importa ressaltar, porém, que não é suficiente “dar a cada um o que é seu”, mas é necessário fazê-lo sem atropelar as garantias constitucionais do processo.

Muitos identificam *efetividade* com *celeridade*, mas esta é apenas um aspecto daquela. Não há como, na matéria, assumir posição reducionista, já que efetividade é conceito complexo que, como ressalta BARBOSA MOREIRA, inclui, além da garantia de instrumentos de tutela adequados, a assecuração de condições propícias à exata e completa reconstituição dos fatos relevantes e outros elementos.¹³

Qualquer que seja, porém, a posição assumida, é inquestionável a importância da *prova* para a efetividade do processo. E quando se fala em *prova* deve pensar-se no *conjunto probatório dos autos*, que inclui, assim as provas típicas, como as atípicas.

Concede-se que, em havendo provas típicas concludentes (por exemplo, perícia bem fundamentada, documentos consistentes, depoimentos coerentes etc.) o aproveitamento de provas atípicas terá caráter meramente complementar, não podendo superar a força probante das primeiras.

Casos haverá, porém, em que a precariedade das provas típicas autorizará o aproveitamento das provas atípicas segundo prudente critério do juiz.

Tudo dependerá, portanto, do exame da cada caso, sem que se possa, *a priori*, fixar regras rígidas para a solução da questão.

BIBLIOGRAFIA

COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado e TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. Bolonha: Il Mulino, 1995.

FERRI, Corrado; COMOGLIO, Luigi Paolo e TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. Bolonha: Il Mulino, 1995.

¹³ Notas sobre o problema da efetividade do processo. *Temas de direito processual*. Sexta série. São Paulo: Saraiva, 1984, p.27.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel. *Comentários à Lei dos Juizados Cíveis e Criminais*. 2ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Comentários à nova Lei dos Juizados Especiais da Fazenda Pública* (ob.col.) São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

JUNOY, Joan Picó I. *El derecho a la prueba en el proceso civil*. Barcelona: Bosch, 1996.

KIELMANOVICH, Jorge. *Teoría de la prueba y medios probatorios*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996.

LESSONA, Carlo. *Teoría general de la prueba em Derecho Civil*. Madri: Editorial Reus, 1928.

LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. 3ª. ed. São Paulo: RT, 2007.

LOPES, Maria Elizabeth de Castro. *O juiz e o princípio dispositivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 4ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre o problema da efetividade do processo. *Temas de direito processual*. Sexta edição. São Paulo: Saraiva, 1984.

TARUFFO, Michele. *Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz*. Curitiba: IBEJ, 2001.

_____ *Lezioni sul processo civile* (obra escrita em colaboração com CORRADO FERRI e LUIGI PAOLO COMOGLIO), Bolonha: Il Mulino, 1995.

HUMANO, DEMASIADAMENTE ELETRÔNICO. ELETRÔNICO, DEMASIADAMENTE HUMANO

A Informatização Judicial e o Fator Humano

José Carlos de Araújo Almeida Filho

Mestre em Direito, Professor da EMERJ e da rede LFG de ensino, nos cursos de pós-graduação. Advogado no Rio de Janeiro. Diretor do escritório Almeida Filho & Cesarino – Advogados Associados.

Texto em homenagem a uma das maiores processualistas do mundo: a eterna – e eternizada pelos seus estudantes – Profa. Ada Pellegrini Grinover

SUMÁRIO: *I. Introdução. II. Humanização através dos meios cibernéticos. Necessidade de conscientização. III. Efetividade do processo através dos canais informáticos. Ampliação da humanização do processo. III.1. Por uma política internacional de conscientização. V. Conclusões. VI. Bibliografia.*

RESUMO: O presente trabalho pretende, a partir de premissas filosóficas e sociológicas, elaborar um pensamento para que a idéia de desumanização não seja um fator determinante para a inexistência de implantação da informatização judicial. O Brasil possui um dos melhores procedimentos eletrônicos do mundo e devemos ampliar esta idéia. A proposta do trabalho é demonstrar como a informatização é benéfica ao sistema processual.

ABSTRACT: The present work intends, from philosophical and sociological premises, to elaborate a thought so that the no human idea is not a determinative factor for the inexistence of implantation of judicial computerization. Brazil has one of the best

electronic procedures of the world and must extend this idea. The proposal of the work is to demonstrate as computerization is beneficial to the procedural system.

RÉSUMÉ: Présent travail prétend, à partir de prémisses philosophiques et sociologiques, élaborer une pensée pour que l'idée d'inhumanisation n'est pas un facteur déterminant pour l'inexistence d'implantation de l'informatisation judiciaire. Le Brésil possède une des meilleures procédures électroniques du monde et devons élargir cette idée. La proposition du travail est démontrer comme l'informatisation est bénéfique au système processif.

Palavras-chave: processo civil, direito eletrônico, sociologia

Keywords: civil procedure, electronic law, sociology

Mots clé: processus civil, droit électronique, sociologie

I. INTRODUÇÃO

O objeto de estudo presente trabalho, intitulado *Humano, demasiadamente eletrônico*, parafraseando Nietzsche, nos traz reflexões de extrema importância para a realidade da informatização judicial no Brasil, e um aporte para o nosso país irmão, o Peru, analisando reflexos através de pontos de vista filosóficos, sociológicos e psicológicos.

A principal reflexão a ser inserida no presente trabalho tem como *provocação* o texto do Prof. Tulio Lima Vianna, *Do rastreamento eletrônico como alternativa à pena de prisão*¹, tendo em vista o mesmo discorrer como a eletrônica pode favorecer a aplicação de medidas punitivas, mas sem que com tal haja qualquer prisão. Afinal de contas, sabemos,

¹ VIANNA, Tulio Lima. *Do rastreamento eletrônico como alternativa à pena de prisão*. Obtido por meio eletrônico: <http://www.tuliovianna.org/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=63&Itemid=>>. Acesso 22 mar 2009.

todos, que a prisão não *cura* o condenado, e, contrariamente, transforma-o em elemento de maior periculosidade.

Contudo, o foco de nossa análise é a humanização do Judiciário diante do procedimento eletrônico, com o advento da Lei 11.419/2006. Para a realidade Peruana, pretendemos, com este trabalho, apresentar a realidade Brasileira e como a informatização pode ampliar os campos no MERCOSUL. Contrariamente a pensamentos negativos, seja pela academia, seja pelos *aplicadores e operadores*² do Direito, a informática e demais meios eletrônicos somente tendem a ampliar a *humanização* no seio da *informatização*.

A maioria das pessoas entende que as audiências não serão mais realizadas, e os atos presenciais serão refutados. Enfim, no *mundo eletrônico* haverá o total afastamento do ser humano. Esta a concepção de quem não percebeu a humanização!

Como estamos lidando com matéria processual, nada mais pertinente fazer – ou, pelo menos, tentar – com que os nossos profissionais se conscientizem de como os meios eletrônicos podem ampliar, em muito, a missão pacificadora do processo. O uso dos meios eletrônicos em audiência, como a gravação de voz e vídeo, podem contribuir para inibir uma série de desgastes. E, neste ponto, identificamos, pelo menos, por enquanto:

a) com a adoção das audiências gravadas, o procedimento eletrônico refletirá, para o julgador de 2º grau, a exata noção do ocorrido na audiência. Não podemos dispensar a emoção, que é de suma importância para o livre convencimento do magistrado, mas que, ao ser transcrito na frieza do papel, nada representa do Colegiado (e, no Brasil, a gravação é autorizada tanto pelo Processo Civil, quando pelo Processo Penal). Neste aspecto, em particular, o Código de Processo Civil Peruano pode conter a idéia da informatização, especialmente quando trata: “Artículo VI.- Principio de Socialización del proceso.- El Juez debe evitar que la desigualdad entre las personas por razones de sexo, raza, religión, idioma o condición social, política o económica, afecte el desarrollo o resultado del proceso”.

Quanto ao texto do CPC Peruano, entendemos ser de maior alcance que nosso princípio da igualdade, contudo no art. 125 do CPC. A idéia de um julgamento justo tem

² O termo pensadores do Direito é muito mais apropriado. Adotados, no texto, a terminologia utilizada pela maioria, apesar de entendermos não ser a mais condizente com o momento em que vivemos e diante de uma sociedade tecnológica da informação.

como principal ponto a imparcialidade do juiz. E, ao afirmarmos que as gravações humanizam o processo, temos a exata noção de como as desigualdades podem ser reduzidas.

b) a gravação impedirá abuso de poder por parte do magistrado ou órgão do Ministério Público. Em no âmbito do processo penal, é de suma importância que as respostas das testemunhas e depoentes sejam transcritas na íntegra. A gravação impede o abuso de poder, seja no momento de indeferimento da questão posta, seja na insistência do magistrado em não transcrever o dito pela testemunha ou depoente;

c) impedirá atitudes antiéticas por parte de advogados, inclusive evitando pedidos protelatórios em recursos, no que tange ao cerceamento de defesa.

Seja para o magistrado, para as partes e para o advogado, o sistema de gravação das audiências é salutar e amplia os princípios da publicidade³ e oralidade. Ainda que defendamos uma mitigação, ou relativização do princípio da publicidade⁴, quando se está diante de feitos eletrônicos, não se olvida que para os atores do processo será de grande importância a análise do *humano, demasiadamente eletrônico*. Sob outro viés, reduz as desigualdades, tal qual expostas no CPC Peruano, inibindo iniquidades que somente a oralidade permite serem percebidas.

A concepção de processo enquanto ciência teve por escopo atingirmos a atual fase de processo como meio de pacificação – e aqui temos a sua finalidade -, atingindo uma etapa de proporções antes não imaginadas, como a informatização. E se a informatização deve ser guiada pelo procedimento, a utilização de meios eletrônicos conduzirá para que o humano sobressaia.

A idéia central do texto é a de apresentar, desta forma, a ampliação do fator humano em procedimentos totalmente eletrônicos, ainda que no processo civil admitamos a

³ E tal já é possível: Art. 154. Os atos e termos processuais não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir, reputando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preencham a finalidade essencial. § 2º Todos os atos e termos do processo podem ser produzidos, transmitidos, armazenados e assinados por meio eletrônico, na forma da lei. (Incluído pela Lei nº 11.419, de 2006).

Art. 417. O depoimento, datilografado ou registrado por taquigrafia, estenotipia ou outro método idôneo de documentação, será assinado pelo juiz, pelo depoente e pelos procuradores, facultando-se às partes a sua gravação. (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 1994)

⁴ ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. *Processo Eletrônico e Teoria Geral do Processo Eletrônico*. 2ed., Forense, 2008: RJ.

possibilidade de vídeo-conferência. Em matérias de direito penal e de família, o sistema impedirá a necessidade de *humano, demasiadamente humano*. Ou seja, em muitos casos, e a prática forense nos demonstra o fato, muitos casais se reconciliam em audiência, seja porque sentem a emoção da perda, pelo cheiro, pela saudade, pela atitude do magistrado, no intuito de conciliar. Contudo, distantes em salas monitoradas por vídeo e som, as partes não terão este contato humano, imprescindível.

Em matéria penal, a ausência do magistrado e do órgão ministerial impedirá o contato do preso com o sistema judicial. E, ainda que sempre tenhamos defendido a violação constitucional do dispositivo, o certo é que um fator ainda não debatido pode ser repensado:

- muitos presos confessam o delito na presença do magistrado, inclusive com o fim de minimizar a sua pena. Mas assim o faz o autor do crime, porque, na presença de um magistrado equilibrado e do representante do Ministério Público, sentir-se-á o preso mais a vontade para que se *livre do peso* do crime praticado.

Isolado, em uma sala fria em um presídio, a negativa será sempre a alternativa do preso, porque o pensamento humano – pelo menos o meu assim seria – conduz ao seguinte questionamento:

- Se estou preso e o magistrado não quer sequer me ver, por que vou confessar?

O procedimento possui grandes vantagens e grandes malefícios. Deve ser adotado como exceção, mas, jamais, como regra. A jurisprudência deve conduzir-se no sentido de somente admitir o uso do procedimento em questão para presos de alta periculosidade, e, sempre, impedir que ocorra no interrogatório (a não ser em caso de reincidentes).

Analisaremos os pontos em questão através dos princípios processuais, processuais constitucionais, à luz dos direitos fundamentais, e, entremeando os pensamentos, com idéias sócio-filosóficas.

Humano, demasiadamente humano, é o espírito livre preconizado por Nietzsche, mas, que, em determinado momento, será preso pelos espíritos cativos. Não podemos nos prender em momento de grande relevância para a sistemática processual moderna.

II. A HUMANIZAÇÃO ATRAVÉS DOS MEIOS CIBERNÉTICOS. NECESSIDADE DE CONSCIENTIZAÇÃO.

Ao ampliarmos a adoção de meios tecnológicos no Direito, e, com relevante expressão na sistemática processual, estaremos efetivando a idéia de eficácia do processo. Hodiernamente a *eficácia* vem sendo sinônimo de decisões alheias ao cenário jurídico. Com a informatização, pela experiência vivenciada em pesquisas realizadas desde o ano de 2002, ao invés de perdermos o humano, ampliamos o processamento dos feitos e teremos mais tempo para que os autos sejam analisados. Em outras palavras: o fator humano será privilegiado, porque as cansativas rotinas de trabalho serão reduzidas consideravelmente.

Vivenciamos um paradoxo: eficácia x decisões juridicamente inseguras; informatização x humanização. Para Nietzsche⁵, “a humanidade gosta de afastar da mente as questões acerca da origem e dos primórdios: não é preciso estar quase desumanizado, para sentir dentro de si a tendência contrária?”. E este nos parece o principal ponto: não é necessário vivenciarmos o eletrônico para podermos estar dentro do humano?

Em 1939, com o advento do Código de Processo Civil Brasileiro, adotado indistintamente e em âmbito federal, excluindo-se os Códigos Estaduais de Processo, os juristas da época criticaram a adoção da datilografia, porque geraria uma insegurança no processamento. Na década de 90, do Séc. XX, quando os primeiros computadores chegaram ao Brasil, juízes indeferiam iniciais porque as mesmas não eram datilografadas.

Mas o meio eletrônico veio, ainda que timidamente, sendo inserindo na realidade nacional: Lei do Inquilinato (art. 58 e uso do *fac-símile*), art. 154 do CPC, em seu parágrafo único, que, além deste, após o advento da Lei 11.419/2006 conta com um parágrafo segundo, o art. 543 do CPC, enfim, diversos meios foram inseridos, sem contar com a Lei do Fax. Contudo, a partir do momento em que se cria um procedimento totalmente eletrônico, surgem as críticas e a apologia à desumanização.

⁵ NIETZSCHE, Friedrich. *Humano, demasiadamente humano*. Companhia de Bolso, SP: 2000

Sem dúvida, vivenciamos uma quebra de paradigmas. E a necessidade de quebra de paradigmas é de extrema importância para o ser humano. Em recentes estudos psicológicos, a idéia de adoção de redes neurais adotando-se a computação, e de modelos a serem trabalhados com emoções, gerou o texto produzido por Magda Bercht, professora do Instituto de Informática – Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS⁶:

“A Computação Afetiva é uma área recente, mas traz o benefício de trazer os estudos da afetividade como função de adaptação de um sistema computacional ao homem, principalmente se considerarmos as aplicações educacionais. Mas inferir emoções dos alunos é complexo e exige um modelo psicológico que fundamente. Apresentamos o modelo OCC que é adequado a implementação computacional, mas não traz exatidão e nem é completo. Abre-se aqui um caminho de pesquisas interessante para a Psicologia.

A identificação dos estados afetivos é melhor realizada se usado sensoriamento fisiológico, análises da voz e das expressões corporais junto a informações oriundas dos comportamentos observáveis.”

A idéia de adoção da inteligência artificial é a negação da humanização no procedimento eletrônico. Ao revés, a *computação afetiva* pode ser muito bem aplicada ao direito. A inteligência artificial deve ser fruto de análise pelos filósofos do direito, porque devemos estar atentos à possibilidade de um computador processar, através da nanotecnologia, sentenças perfeitas, mas sem qualquer análise humana.

O artificialismo não poderá ingressar no cenário jurídico, apesar de termos relatos experimentais de sentenças prolatadas por computador, como o JUIZ PROTEUS. Em sua obra sobre filosofia do direito⁷, Cláudia Sevilha Monteiro, trata da questão com maior profundidade, ou seja, se deixarmos de lado a argumentação jurídica, poderemos adotar modelos computacionais – e a remissão é ao Juiz Proteus – para prolação de sentenças.

⁶ BERCHT, Magda. *Computação Afetiva: Vínculos com a psicologia e aplicações na educação*. In PSICOLOGIA & INFORMÁTICA - Produções do III PSICOINFO e II JORNADA do NPPI, pp. 106 e ss.

⁷ MONTEIRO, Cláudia Sevilha. *Decisão Judicial e Teoria da Argumentação Jurídica*. Obtido por meio eletrônico. Disponível em <http://books.google.com.br/books?id=V6-T_EFrCRUC&pg=PA173&lpg=PA173&dq=%22Juiz+Proteus%22&source=bl&ots=pngLsb5i76&sig=v421FqsMgkrHQSQX-8jAP-cqY70&hl=pt-BR&ei=MybhSYmaC5TWIQf3_5ngDg&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=10> Acesso 11 mar 09.

Poesis é criação. E, a partir do momento em que nos encontramos diante de uma ciência tendente a pacificar os conflitos societários – o processo -, a humanização amplia-se na mesma proporção em que se automatizam os sistemas processuais. Quanto menos tempo gasto em burocracias desgastantes, mais tempo para *pensar* o processo, e, com isto, uma valorização do sistema como um todo: computação emocional.

Os serventuários, em nossa experiência, são os *atores* do processo, enquanto auxiliares, que mais criticam a funcionalidade do procedimento eletrônico. Não precisam, contudo, preocuparem-se com a informatização. Ao contrário, a partir do momento em que um sistema computacional forense esteja totalmente integrado, o fator humano será amplamente utilizado. Ao invés de *carimbar, juntar peças* e outras rotinas que na psicologia são tratadas como *stress* no ambiente de trabalho, terão mais tempo para serem, verdadeiramente, auxiliares do Juízo. Hoje, não passam de burocratas.

Ao tratarmos da questão sob este prisma, podemos começar a pensar em uma maior humanização do Poder Judiciário, notadamente em termos de *emoções* vivenciadas em audiências que não são traduzidas ao órgão de segundo grau. A *frieza* do processo cede lugar ao verdadeiro e ao autêntico. Humanização através de canais cibernéticos é a alternativa para rompermos o preconceito em relação à informatização judicial do processo.

Por outro lado, não podemos admitir que a informatização de banalize e a discussão acadêmica entre os países do Mercosul devem ser ampliadas. Países que vêm se destacando na idéia de uma informatização plena, como o Brasil e Peru, devem unir-se para que o intercâmbio cultural se concretize.

Através de meios eletrônicos de comunicação, como o *e-mail*, a vídeo-conferência e os *chats*, podemos participar de reuniões acadêmicas entre países integrantes do Mercosul. O Código de Processo Civil para a América Latina apenas foi aplicado no Uruguai, mas, neste momento, devemos utilizar o humano x eletrônico – eletrônico x humano, para repensarmos, reconstruirmos e adotarmos um CPC Modelo para o MERCOSUL, com sistemas de intercâmbio e comunicação dos atos processuais, como as rogatórias, de forma dinâmica e efetiva.

A informatização faz como saíamos do *submundo* para o Ocidente, deixando de sermos considerados pequenos países do 3º Mundo, para ascendermos à grande cadeia de pacificação mundial: um processo pacificador, eletrônico e eficaz para nós e nossos irmãos latinos.

III. EFETIVIDADE DO PROCESSO ATRAVÉS DOS CANAIS INFORMÁTICOS. AMPLIAÇÃO DA HUMANIZAÇÃO DO PROCESSO

Comumente questiona-se acerca da desumanização do processo. A ciência processual é de tamanha importância ao ponto de questões como esta serem suscitadas. Em raras disciplinas a questão da informática provoca tanta sensação quanto no processo.

Ao assinar o Pacto Republicano, agora editado na sua 2ª edição, os Três Poderes do Brasil decidiram intensificar a informatização judicial. Em 2006 a Lei 11.419 passa a tratar do tema de forma ampla, mas ainda com alguns defeitos legislativos a merecerem correção. Contudo, estamos dentre os cinco países do mundo em termos de informatização. E, com a ressalva do autor, desejamos que o Peru ingresse neste cenário, ao lado do Brasil, tendo como meta a primeira rogatória (ofícios al exterior, como se denomina no Peru) a ser cumprida por meio eletrônico.

Pelo artigo 5º do CPC Peruano, podemos admitir que a partir de tratados internacionais, o cumprimento de decisões judiciais se processe por meio do intercâmbio eletrônico. Ou seja, as cartas rogatórias (ofícios al exterior).

Do Pacto Republicano nasceu a Lei 11.419/2006, e, antes, a Emenda Constitucional 45/2004, traduzindo a necessidade de um Judiciário mais célere e eficaz. Como admitimos em textos anteriores, não é a informatização a panacéia para o Judiciário, mas um grande passo para a celeridade. Conciliar celeridade com eficácia e decisões justas é extremamente complexo. Uma decisão tomada no afogadilho nem sempre é uma decisão coerente e o

princípio da celeridade se perde em decisões, no mínimo, medíocres. Nietzsche nos afirma: “a cultura diminui porque a pressa se torna maior”!

O processo – civil, penal, do trabalho – tem, como dito, uma função pacificadora. Mais que função, podemos afirmar tratar-se de uma missão. E, a partir do momento em que admitimos ser o processo o meio pelo qual o cidadão fortifica a sua cidadania – e, com o texto processual peruano podemos avançar mais na questão da eliminação das desigualdades –, estamos tratando do *humano*. E a dicotomia entre humano e eletrônico nos provoca questões filosóficas, sociológicas e psicológicas a serem enfrentadas.

Sociologicamente, admitir que o eletrônico seja uma condução para a desinformação, como alguns autores afirmam, porque, segundo eles, quanto mais informação na rede, menos informação de qualidade possuímos, não é a premissa correta no Direito. Admitir o intercâmbio entre países vizinhos, e, em uma segunda etapa, alavancarmos para uma ampliação mundial, provocará mudanças sociais relevantes: o processo é efetivo, porque a decisão prolatada em determinado país é cumprida em outro, quase imediatamente.

Vivenciamos, principalmente na era da sociedade da informação tecnológica, a possibilidade de decisões sem qualquer eficácia. E assim afirmamos porque em determinado país se comete um ilícito, através de comunicação baseada em sistema alocado em outro país, e, não raras as vezes, sequer se consegue o cumprimento da decisão. A humanização do processo tem por escopo a pacificação societária.

A sociedade, desta forma, com o uso da eletrônica, se humaniza, a partir do momento em que passa a acreditar em um Judiciário eficaz e célere. A sociedade que acredita no poder que lhe garantirá a concretização da cidadania, é uma sociedade que caminha para a plenitude da humanização! Utopia, ou não, a idéia de afirmarmos que a eletrônica humaniza, ao invés de o humano se robotizar, é o grande desafio para os sociólogos.

Filosoficamente, misturamos a idéia de socialização. A maior garantia de um povo é a sua independência, a manutenção de sua soberania e a possibilidade de assegurarmos que os direitos fundamentais – Direitos Humanos *lato sensu* – sejam ampliados.

Estamos no território *virtual*, com quebras de barreiras geofísicas (através da informática) e comunicações velozes, quase que imediatas. Um território sem idéia de poder central, mas com hierarquia em sua estrutura: trata-se do *poder geral da Internet*, ou ICANN⁸. Pierre Lèvy⁹, no ano de 1998, pretendendo criar em uma de suas obras uma cultura para o século XXI, afirmava que:

“O mais alto grau do tempo real concerne às organizações. Ateliês flexíveis aos *groupwares*, as redes digitais permitem, de pouco tempo para cá, uma relativa desmaterialização das estruturas organizacionais. Última desterritorialização: os organogramas, os procedimentos de produção, as arquiteturas administrativas são transferidos para os *softwares* e, assim, mobilizados flexibilizados. A empresa virtual adapta-se em tempo real às transformações do mercado. Aproximamo-nos aqui das paragens do Espaço do saber. Mas não o atingiremos acelerando mais ainda. É preciso que um salto *qualitativo*. Outras velocidades, outras intensidades animam os intelectuais coletivos.”

Enfrentamos, diante desta concepção, uma questão entre legalidade e legitimidade. Se por um lado temos uma estrutura mundial, com hierarquia, governabilidade (no sentido *lato*) e idéias afins, admitimos que possuíssem uma legitimidade. Mas poderíamos adotar o pensamento de haver legalidade neste sistema?

A idéia de legitimidade se apresenta patente diante da aceitação geral por parte dos usuários da Internet, mas não admitimos que houvesse legalidade no procedimento, se analisarmos a questão pela concepção de nosso sistema legal – *civil law*. Contudo, a análise filosófica da informatização judicial do processo nos conduz ao pensamento de que a

⁸ “A ICANN - *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* (órgão mundial responsável por estabelecer regras do uso da Internet) é uma entidade sem fins lucrativos e de âmbito internacional, responsável pela distribuição de números de “Protocolo de Internet” (IP), pela designação de identificações de protocolo, pelo controle do sistema de nomes de domínios de primeiro nível com códigos genéricos (gTLD) e de países (ccTLD) e com funções de administração central da rede de servidores. Esses serviços eram originalmente prestados mediante contrato com o governo dos EUA, pela *Internet Assigned Numbers Authority* (IANA) e outras entidades. A ICANN hoje cumpre a função da IANA.” Obtido por meio eletrônico. Disponível em <<http://www.icann.org/tr/portuguese.html>>. Acesso 26 set 2006.

⁹ LÉVY, Pierre. *A Inteligência Coletiva – por uma antropologia do ciberespaço*. Loyola, SP:1998

quebra de barreiras geofísicas e ambientes nas redes, proporciona uma ampliação na concretização dos Direitos Fundamentais do Homem.

Norberto Bobbio¹⁰ nos traz a idéia de que o Estado como sistema político é um subsistema quando o analisamos sob o aspecto social. E esta é a teoria de Niklas Luhmann, quando trata o direito como sistema autopoietico¹¹. Para Luhmann¹², “*o sistema da sociedade é composto por comunicações dotadas de significado, apenas por comunicações e por todas as comunicações.*” Luhman assevera:

“Ele forma suas unidades elementares graças à síntese das informações das mensagens e das compreensões, isto é, graças à síntese de três tipos de seleções que o sistema pode, em parte (apenas em parte), controlar. Como a formação de tais elementos pressupõe, sempre, a sociedade, e sempre a perpetua, não existe comunicação fora da sociedade e, portanto, tampouco existe comunicação da sociedade com seu ambiente. Ninguém pode se comunicar (no sentido de uma comunicação completa) sem estar compreendido na sociedade; mas o sistema da sociedade propriamente dito não é capaz de se comunicar: ele não pode encontrar fora de si próprio nenhum destinatário para quem pudesse comunicar uma mensagem qualquer.”

A idéia de Luhmann está intimamente ligada à teoria do direito como sistema autopoietico, concebida após experiência de dois biólogos, Maturana e Varela, não admitindo *inputs* e *outputs*¹³ no sistema. A idéia foi concebida no direito por Gunther Teubner¹⁴. Ele é auto-referencial e por esta razão não se pode admitir entradas ou saídas do sistema. O sistema jurídico é visto como um todo: a partir dos movimentos sociais, analisados sociologicamente, o direito é capaz de resolver todas as situações, porque ele é auto-referencial. Em outras palavras, o direito existe e se *alimenta* da própria relação social. Esta a idéia, em síntese apertada, do que se possa conceber como um sistema autopoietico.

¹⁰ BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade*. Paz e Terra, 10ed., SP: 2003

¹¹ Vide ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. *O Direito como sistema autopoietico*. Disponível, gratuitamente, em: http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/odireitocomosistemaautopoietico.doc

¹² LUHMANN, Nillas. *L'unité Du système juridique*. In: *Archives de philosophie du Droit*. N. 31. Paris: Sirey, 1986 (trad. De Jacques Dragoy).

¹³ Adotamos a terminologia utilizada por Luhmann e Teubner. O que se pretende afirmar é que o sistema, como se encontra, não admite entradas ou saídas. O Direito gera-se por si, através de um sistema social e a normatização será consequência desta auto-referencialidade.

¹⁴ TEUBNER, Gunter. *O Direito como Sistema autopiético*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

Em suma: o eletrônico, sob nossa visão, humaniza o Direito, ao passo em que o Direito não se torna eletrônico pela informatização.

Eletrônico e humano convivem, no sistema processual, diversamente de outros ramos do Direito, como forma de integração: a autopoiesis!

Finalmente, temos a concepção psicológica no que diz respeito à informatização e esta nos parece a de maior importância para o avanço de uma teoria que possibilite a humanização numa cadeia de sistemas imposta por *bits, bytes, redes e sub-redes*.

A humanização do processo é a base de uma concepção pacificadora. Contudo, o fator humano, nesta autopoiesis jurídica, pode trazer grandes problemas porque o ser ainda não consegue conviver com a idéia das máquinas.

A filosofia, através da ética, nos possibilitará que façamos por onde as máquinas não profiram decisões. As questões envolvendo a inteligência artificial merecem atenção em outro estudo. A fim de concluirmos pela efetividade do processo, com a informatização, podemos afirmar que ao invés de uma desumanização que se prega, teremos uma ampliação do ser humano. Contudo, o interrogatório do acusado, no processo penal, deve ser visto com grandes ressalvas.

III.1. POR UMA POLÍTICA INTERNACIONAL DE CONSCIENTIZAÇÃO

Como analisamos no capítulo anterior, a idealização de todo o processo por meio eletrônico, com a possibilidade de intercâmbio na comunicação dos atos processuais, garante eficácia e segurança na relação jurídico-processual.

Temos, em determinadas situações, a desterritorialização. Mas, em havendo uma política internacional, afastando os preconceitos no que tange a informatização, temos a idéia de construir uma política internacional de conscientização, e, a partir de então, com o Código de Processo Modelo para a América Latina, partirmos para uma norma processual por meios eletrônicos a fim de ser adotada no Mercosul.

Eliminando o temor humano pelo acesso eletrônico, os processualistas deste milênio têm como grande desafio a idéia de ser a informatização um caminho para o verdadeiro direito de ação e o acesso a justiça.

O intercâmbio que ora se opera, trazendo ao Peru idéias de um processo eletrônico no Brasil, deve ser ampliado, inclusive com a redação de tratados para que as rogatórias (ofícios ao exterior) sejam cumpridas de forma eficaz.

O 3º Mundo deixar de assim o ser a partir do momento em que houver uma unificação de seus países para adotarem um procedimento informatizado. Modelo para o mundo, o intercâmbio da sistemática processual e a idéia de, pelo menos em termos informáticos judiciais, modificarmos e unificarmos conceitos e institutos processuais para os povos da América Latina será a grande meta a ser desenvolvida pelos estudiosos desta década, que se finda e para, pelo menos, a próxima década.

IV. CONCLUSÕES

Após a idéia trazida neste texto, procurando desfazer o mito de o eletrônico poder superar o humano, e, ao revés, o humano ser mais humano (cidadania, justiça, efetividade, respeito aos atores do processo e menos poder concentrado) com a eletrônica, não desejamos apresentar conclusões.

Desejamos, diversamente, inquietar os estudiosos e fazer com que pensem uma nova política processual, uma nova teorização judicial e a implementação eficaz e segura do processo informatizado.

Enquanto cientistas do processo, não podemos deixar, analisando a questão sob o aspecto filosófico, que idéias (já alardeadas por alguns) que as máquinas pensem pelo homem. O homem deve pensar e utilizar a máquina como um instrumento a mais para a concretização da cidadania.

Pensar o processo sob um novo prisma, revisitar conceitos e teorias, adotar a idéia que a dicotomia homem x máquina pode deixar de ser uma oposição, e, ao contrário, transformar-se em união, deve ser a meta para a nova década.

Unificar os povos do Mercosul, através do intercâmbio, possível com o eletrônico, demasiadamente humano.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. *Processo Eletrônico e Teoria Geral do Processo Eletrônico*. 2ed., Forense, 2008: RJ.

_____. *O Direito como sistema autopoietico*.
Disponível, _____, gratuitamente, _____ em:
http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/odireitocomosistemaautopoietico.doc

BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade*. Paz e Terra, 10ed., SP: 2003

BERCHT, Magda. *Computação Afetiva: Vínculos com a psicologia e aplicações na educação*. In PSICOLOGIA & INFORMÁTICA - Produções do III PSICOINFO e II JORNADA do NPPI, pp. 106 e ss.

MONTEIRO, Cláudia Sevilha. *Decisão Judicial e Teoria da Argumentação Jurídica*. Obtido por meio eletrônico. Disponível em
<http://books.google.com.br/books?id=V6-T_EFrCRUC&pg=PA173&lpg=PA173&dq=%22Juiz+Proteus%22&source=bl&ots=pngLsb5i76&sig=v421FqsMgkrHQSQX-8jAP-cqY70&hl=pt-

BR&ei=MybhSYmaC5TWIQf3_5ngDg&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=10>A
cesso 11 mar 09.

NIETZSCHE, Friedrich. *Humano, demasiadamente humano*. Companhia de Bolso,
SP: 2000

LÈVY, Pierre. *A Inteligência Coletiva – por uma antropologia do ciberespaço*.
Loyola, SP:1998

LUHMANN, Nillas. *L'unité Du système juridique*. In: *Archives de philosophie du
Droit*. N. 31. Paris: Sirey, 1986 (trad. De Jacques Dragoy).

TEUBNER, Gunter. *O Direito como Sistema autopiético*. Lisboa: Fundação
Calouste Gulbenkian, 1989.

VIANNA, Tulio Lima. *Do rastreamento eletrônico como alternativa à pena de
prisão*. Obtido por meio
eletrônico:<[http://www.tuliovianna.org/index.php?option=com_docman&task=doc_downlo
ad&gid=63&Itemid=>](http://www.tuliovianna.org/index.php?option=com_docman&task=doc_downlo
ad&gid=63&Itemid=>)>. Acesso 22 mar 2009.

REPENSANDO O PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO NO PROCESSO CIVIL.

Lucas Andrade Pereira de Oliveira

*Mestrando em direito público pela UFBA. Pós -
graduando em processo pelo CCJB – Centro de Cultura
Jurídica da Bahia. Advogado.*

Resumo. Este artigo tem como objetivo fazer uma releitura do princípio do duplo grau de jurisdição sob o paradigma pós-positivista. Para tanto, será feita uma explanação sobre as razões históricas, políticas, ideológicas e econômicas do mencionado princípio. Em seguida, uma análise do conceito do princípio e sua posição no ordenamento jurídico brasileiro. Por fim, a proposta de remodelação de todo o sistema recursal, com fundamento na mitigação do princípio do duplo grau de jurisdição em decorrência da limitação dos efeitos devolutivo da apelação. Palavras-chaves: Direito processual - o princípio do duplo grau de jurisdição – efeito devolutivo da apelação.

Abstract: This article aims to reconsider the double degree principle of jurisdiction under the post-positivist paradigm. Therefore, it will make an explanation about the reasons historical, political, ideological and economic of that principle. Then, an analysis the principle concept and it position in the Brazilian legal system. Finally, the proposed remodeling entire appellate system, deconstructing the double degree principle of jurisdiction from the limitation the appeal devolved effects. Keywords: Procedural law - the principle of two levels of jurisdiction - the appeal devolved effects.

Sumário: 1.1 *Introdução.* 1.2. *Dos valores aplicados ao duplo grau de jurisdição (Segurança versus Justiça).* 1.3. *Notícia histórica.* 1.4. *Das razões do princípio do duplo grau de jurisdição.* 1.4.1. *Das razões políticas.* 1.4.2. *Das razões ideológicas e econômicas.* 1.5. *Do conceito de duplo grau de jurisdição.* 1.6. *Do duplo grau de jurisdição. Princípio*

ou regra? 1.7. Da inexistência de previsão expressa do princípio do duplo grau de jurisdição na Constituição Federal de 1988. 1.8. Do direito fundamental a razoável duração do processo e a mitigação ao duplo grau de jurisdição. 1.9. Das vantagens e desvantagens do duplo grau de jurisdição. 1.9.1. Das vantagens. 1.9.2. Das desvantagens. 1.10. Das limitações ao princípio do duplo grau de jurisdição e a mitigação imposta pela distinção entre gravames objetivo e subjetivo da apelação. 1.11. Conclusões. 1.12. Referências.

1. Introdução.

Sob o novo paradigma pós-positivista, os processualistas da contemporaneidade têm buscado revisitar os conceitos básicos do direito processual, superar dogmas¹ por algum tempo cristalizado e questionar as reais funções de cada instituto processual, fazendo uma releitura com supedâneo na Constituição Federal, nos seus princípios² e nos direitos humanos³, observando, ainda, os postulados da hermenêutica da nova retórica⁴, da novíssima retórica⁵, da *tópica*⁶, problematizando e encontrando uma solução justa para cada caso⁷.

¹ DINAMARCO, Candido Rangel. **Nova era do processo civil**. 1ª Ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. No primeiro capítulo da presente obra, o autor inicia com o título, “Relendo princípios e renunciando a dogmas”.

² Destaque para as obras: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 3ªed. rev. e atual. 2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

⁴ PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica: nova retórica**. Tradução de Virginia Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Crítica da razão indolente: contra o desperdício de experiência**. São Paulo: Cortez, 2001, V.01.

⁶ VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Brasília – DF: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

⁷ O professor Ovídio Baptista da Silva faz aplicação da tópica e do pensar problemático em excelente ensaio: SILVA, Ovídio Baptista. **Justiça da lei e justiça do caso**. Disponível em: <<http://www.baptistadasilva.com.br/artigos.htm>> acesso em 9 dezembro 2009 às 18:45 h.

O processo civil passa por mudanças, gradativas e profundas, notadamente porque se trata de mudanças de postulados e fundamentos, por isso, uma nova leitura do processo, influenciando decisivamente o princípio do duplo grau de jurisdição.

O dogma do princípio do duplo grau de jurisdição deve ser revisto, principalmente tendo-se em conta suas razões históricas, políticas, ideológicas e econômicas. Assim, percebem-se as verdadeiras razões de um duplo grau de jurisdição, ou mesmo, de um sistema com inúmeros recursos, como é o caso do brasileiro.

Outrossim, não se pode negar que um dos desafios dos processualistas na contemporaneidade é superar a demora e a morosidade nos processos, o que, por muitas vezes, resulta em decisões injustas e ineficazes. Também, por isso, o estudo e a mitigação do princípio do duplo grau de jurisdição tornam-se por demais atuais.

1.1. Dos valores aplicados ao duplo grau de jurisdição (Segurança *versus* Justiça).

No Estado democrático de direito em um regime constitucionalista existe um valor-fim, a saber: a justiça. Assim, tendo como valor-fim a justiça, todo o ordenamento jurídico passará por uma releitura. Em sede, do positivismo legalista, no qual o valor maior era a legalidade que significava a segurança jurídica, o que, em tese, correspondia à justiça da decisão, pode-se concluir como uma justiça formal da decisão.

Para Hans Kelsen , por exemplo “a “justiça” significa legalidade:

É “justo” que uma regra geral seja aplicada em todos os casos em que, de acordo com o seu conteúdo esta regra deva ser aplicada. É “injusto” que ela seja aplicada em um caso, mas não em outro caso similar. E isso parece “injusto” sem levar em conta o valor da regra geral em si, sendo a aplicação desta o ponto em questão aqui. A justiça, no sentido de legalidade, é uma qualidade que se relaciona não com o conteúdo de uma ordem jurídica, mas com a sua aplicação. Nesse sentido, a justiça é compatível e necessária a qualquer ordem jurídica positiva, seja ela capitalista, comunista, democrática ou autocrática.

“Justiça” significa a manutenção de uma ordem positiva através da sua aplicação escrupulosa. Trata-se de justiça “sob o Direito”⁸.

Neste ideal normativista, a justiça trata-se de mera aplicação correta da norma, e a utilização do valor justiça para desqualificar a aplicação de uma norma é considerada inferência política e não jurídica. Alf Ross, diz que a ideia de justiça se resolve na exigência de que uma decisão seja o resultado de uma aplicação de uma regra geral. Assim, para ele:

A justiça é a aplicação correta de uma norma, como coisa oposta à arbitrariedade. A justiça, portanto, não pode ser um padrão jurídico-político ou um critério último para julgar uma norma. Afirmar que uma norma é injusta, como vimos, não passa de uma expressão emocional de uma reação desfavorável frente a ela. A afirmação de uma norma é injusta não contém característica real alguma, nenhuma referência a algum critério, nenhuma argumentação. A ideologia da justiça não cabe, pois, num exame racional do valor das normas⁹.

Não obstante, aqui nos interessa uma releitura do duplo grau de jurisdição sob um paradigma valorativo, ultrapassando os paradigmas de Kelsen e Ross. Trata-se da interpretação do duplo grau de jurisdição a luz da cláusula geral do devido processo legal valorativo e do direito fundamental à razoável duração do processo.

Com efeito, na concepção do paradigma pós-moderno, retorna-se a discussão dos valores como integrante do direito, afastando-se do panorama positivista, pois os valores integram a ordem jurídica. Miguel Reale é lapidar aludindo que:

Partindo da observação básica de que toda regra de Direito visa um *valor*, reconhece-se que a *pluralidade dos valores* é consubstancial à experiência jurídica. Utilidade, tranqüilidade, saúde, conforto, intimidade e infinitos outros valores fundam as normas jurídicas. Estas normas, por sua vez, pressupõem outros valores como o da *liberdade* (sem o qual não haveria possibilidade de se escolher entre valores, nem de se

⁸ KELSEN, Hans. **Teoria geral do Direito e do Estado**. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992. p.21.

⁹ ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Tradução Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003.p.326.

atualizar uma valoração *in concreto*) ou os da *igualdade*, da *ordem* e da *segurança*, sem os quais o da liberdade redundaria em arbítrio¹⁰.

É sob este paradigma valorativo que se constrói um devido processo legal, que passa a se chamar valorativo e irá influenciar em todo o ordenamento processual, aqui se destacando o duplo grau de jurisdição, com fulcro no direito ao processo em tempo razoável e sem dilações indevidas¹¹. Para tanto, vale a digressão dos postulados da segurança *versus* a justiça da decisão, ambos aplicados ao princípio do duplo grau de jurisdição.

Neste sentido, não se rejeita totalmente o valor segurança, aliás, como já salientado mantém-se o juiz ligado à lei e aos princípios constitucionais. Contudo, a segurança e a justiça formal não podem estar acima do ideal de justiça material. Esse talvez seja o desafio do jurista pós-moderno, qual seja interpretar a legislação de maneira que o ideal de justiça material esteja sempre permeando a aplicação do direito.

Assim, sob o paradigma pós-moderno, pós-positivista, importante mencionar que o valor justiça é relativo, não se tratando de retorno ao jusnaturalismo no qual o valor justiça é um ideal intangível e absoluto. Afirma o professor Ricardo Maurício:

O jusnaturalismo se afigura como uma corrente jusfilosófica de fundamentação do direito justo que remonta as representações primitivas da ordem legal de origem divina, passando pelos sofistas, estóicos, padres da igreja, escolásticos, racionalistas dos séculos XVII e XVIII, até a filosofia do direito natural do século XX¹².

Entretanto, o ideal aqui é uma justiça relativa, construída no caso concreto, tornando-se uma justiça que possa impingir uma releitura das leis quando os resultados destas não correspondam materialmente a justiça.

Numa visão eclética, pode-se falar da justiça da norma (ideia de direito – ideal positivista) e Justiça material (a situação da vida, a estrutura da realidade apontado o justo).

¹⁰ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27 ed. 4º tir. São Paulo: Saraiva, 2002. p.375.

¹¹ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Garantia do processo sem dilações indevidas**. In TUCCI, José R. C (coord.). **Garantias Constitucionais do Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 234/262.

¹² SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Curso de Introdução ao Estudo do Direito**. Salvador: Juspodivm, 2009. p.115.

Em verdade, cada sociedade tem crenças, agentes e ações os quais em determinados momentos são aprovados sem reserva, como justo. Toda esta dialética entre norma e realidade irá servir para formar a justiça do ordenamento e a justiça da decisão.

O belga Chäim Peralman¹³ faz inteligente distinção entre o politicamente justo e o filosoficamente justo. Nesse sentido, as leis, decretos e regulamentos definem o politicamente justo, fugindo do arbítrio, correspondendo aos desejos, crenças e valores da comunidade política. De outro turno, o filosoficamente justo é missão dos filósofos, defendendo os valores universais. Entretanto, cômicos são os filósofos que nunca chegarão à justiça perfeita.

E, nessa esteira, conclui Karl Larenz:

O Direito positivo que lhes corresponde realizaria o que ele denomina de politicamente justo. Bom, mas este só é «justo» quando e na medida em que realize, pelo menos de modo aproximado, o «filosoficamente justo» — correspondente ao estágio de conhecimento de cada época. O direito positivo representa o politicamente justo, mas este só é justo quando se realize de modo aproximado ao filosoficamente justo¹⁴.

Essa dialética pelremaniana entre o politicamente justo e o filosoficamente justo é extremamente interessante, mostra a ideia de uma justiça sempre em construção e moldadas pelo homem e seus valores.

Assim, importante salientar que a justiça é o valor-fim e servirá como fundamento para toda a ordem jurídica, conclui Reale:

A nosso ver, a Justiça não se identifica com qualquer desses valores, nem mesmo com aqueles que mais dignificam o homem. Ela é antes *a condição primeira de todos eles, a condição transcendental de sua possibilidade como atualização histórica*. Ela vale para que todos os valores valham. Não é uma realidade acabada, nem um bem gratuito, mas é antes uma intenção radical vinculada às raízes do ser do homem, o único ente que, de

¹³ PERELMAN, Chäim. *Op. Cit.*

¹⁴ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 247.

maneira originária *é*, enquanto *dever ser*. Ela *é*, pois, tentativa renovada e incessante de harmonia entre as experiências axiológicas e necessariamente plurais, distintas e complementares, *sendo, ao mesmo tempo, a harmonia assim atingida*¹⁵.

É sob esta ótica de um devido processo legal valorativo e substancial, que possui como valor-fim, a justiça, que precisa ser modelado e remodelado o duplo grau de jurisdição. Mas como já salientado, nas palavras de Miguel Reale, a justiça *é* o fundamento, mas outros valores irão dele derivar, a saber: a razoável duração do processo, a segurança, a justiça da decisão, o duplo exame e etc.

Esta *é* a proposta da hermenêutica aplicada ao duplo grau de jurisdição. Um duplo grau que seja interpretado de acordo com a realidade social, eficaz e oportuno consoante as necessidades do seu tempo.

Assim, portanto, urge a necessidade de interpretá-lo consoante a dicção de um devido processo legal valorativo, dogmatizando-o, quando necessário, e flexibilizando conforme a exigência da justiça, sem, obviamente, se olvidar do postulado da segurança.

1.2. Notícia histórica do duplo grau de jurisdição.

A história do duplo grau de jurisdição está intimamente ligada ao surgimento do recurso, e em relação à ideia de recurso, afirma Alcides Mendonça Lima, “*a idéia de recurso deve ter nascido com o próprio homem, quando pela primeira vez, alguém se sentiu vítima de alguma injustiça*”¹⁶.

Recorrer de uma decisão aparentemente injusta à instância superior promove a existência de um duplo grau decisório. Entretanto, na história, para perceber a existência de um duplo grau decisório, *é* necessário certo grau de evolução nas formas de resolução de conflito.

¹⁵ REALE, Miguel. *Op cit.* p. 375.

¹⁶ LIMA, Alcides de Mendonça. **Introdução aos Recursos Cíveis**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976. p.2.

Oreste Nestor Laspro¹⁷ em uma visão panorâmica, divide em quatro períodos, as fases que as sociedades passaram para a proceder a resolução dos seus conflitos internos, nas civilizações antigas os conflitos eram resolvidos pelas partes ou pelos grupos familiares. Num segundo momento, os conflitos passaram a ser resolvidos através da escolha de árbitros que decidiam a respeito da contenda, uma arbitragem facultativa baseada na escolha das partes. Terceiro, a escolha de uma árbitro escolhido pelo Estado, garantindo, o Estado, a executoriedade da decisão do mediador. E, quarto, a intervenção do Estado na aplicação da justiça.

Como se observa, no decorrer da história o processo de resolução de conflitos se publiciza, passando pelos períodos familiar, individual, sentimental e religioso para a organização estatal. É neste período de organização estatal que nasce a concepção de mais de um grau de proclamação do direito.

No entanto, Alcides Mendonça de Lima cita interessante passagem bíblica, no livro de Êxodo, no tempo de Moisés, na Bíblia, Cap. V., o qual pode-se considerar em transição do modelo religioso para o Estatal, assim, [Moisés]:

Tendo escolhido entre todo o povo de Israel homens de valor, constituiu príncipes do povo, tribunos e centuriões, e chefes de 50 e de 100 homens. E eles faziam justiça ao povo em todo o tempo; e davam conta a Moisés de todas as coisas mais graves, julgando eles somente as mais fáceis¹⁸.

Além dos hebreus, como denota o já citado texto bíblico, os egípcios apresentavam hierarquia judiciária com diversidade de graus e de recursos de um para outros juízes. Já os atenienses e espartanos seus cidadãos poderiam apelar para a assembléia do povo nas sentenças proferidas pelos tribunais.

Em Roma, berço da sistematização do conhecimento jurídica, v.g. os diversos brocardos latinos, já havia a *cognitio extraordinária*, *restitutio in integrum* e a *appellatio*,

¹⁷ LASPRO, Oreste Nestor de Souza. **Duplo Grau de Jurisdição no Direito Processual Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

¹⁸ LIMA, Alcides de Mendonça. *Op cit.* p. 2. E, citando Caravantes, conclui o mencionado autor: “apelava-se, então, do chefe dos dez homens para o de 50; desse para o de 100 e do último para o tribuno; acima da hierarquia estavam o Conselho Supremo dos Anciões, que falavam com Moisés, por via de apelação nestes negócios, e nos de gravidade conhecia em primeiro e em segundo lugar”.

que eram formas de recorrer ao Imperador. Sendo o Imperador o “juiz” em segundo grau do recurso. Interessante que, remonta a esta época a expressão “efeito devolutivo”, portanto devolvia-se do juiz ao imperador, o poder que era originariamente deste.

O direito canônico manteve a estrutura do direito romano. Contudo, nesta época os juízes eram donos dos cargos e os tinham para proveito próprio, podendo transigir o poder de julgar, utilizando tais cargos como forma de poder político.

O princípio do duplo grau como conhecemos hoje, como direito do cidadão de buscar uma nova decisão perante o órgão superior, remonta a revolução francesa. Nelson Nery Jr. explica que:

A rebeldia dos revolucionários, neste particular, ficou vencida pelo bom senso e pela Constituição francesa de 22.8.1795 (Constitution du 5 Fructidor na III) (arts. 211, 218, 219), que restabeleceu o duplo grau de jurisdição vigente até os dias de hoje, tanto em França quanto na maioria dos países ocidentais¹⁹.

No Brasil, sob a influência da revolução francesa, o princípio do duplo grau de jurisdição foi insculpido *in verbis* apenas na Constituição Brasileira de 1824, enquanto as demais Constituições brasileiras apenas disciplinam às espécies de recurso, sem mencionar de forma expressa o princípio do duplo grau de jurisdição.

1.3. Das razões do princípio do duplo grau de jurisdição.

O presente tópico é um dos cernes do presente artigo, notadamente por se buscar analisar as razões de existir do duplo grau de jurisdição.

1.3.1. Das razões políticas.

Como visto da análise histórica, o duplo grau de jurisdição correlaciona-se com o poder, assim, jurisdição significa a forma de exteriorização do poder, e partindo desta

¹⁹ NERY JÚNIOR, Nelson. **Teoria geral dos recursos**. 6 ed. atual. ampl. e reformulada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 38.

análise histórica, conclui-se que o duplo grau de jurisdição surge quando o poder se organiza.

Cintra-Dinamarco-Gronover fazem brilhante síntese e categoricamente afirmam que “o principal fundamento para a manutenção do princípio do duplo grau de jurisdição é de natureza política: nenhum ato estatal pode ficar imune aos necessários controles”²⁰.

Por sua vez, em sentido semelhante, Oreste Nestor Laspro refere-se ao duplo grau de jurisdição muito mais a “um problema de natureza política que propriamente jurídica, pois sua aplicação e restrição depende mais da vontade e forma de concepção da organização de cada Estado”²¹.

Em verdade, as razões políticas do duplo grau de jurisdição pode ter duplo enfoque, um negativo e outro positivo.

Negativo no sentido de que o duplo grau de jurisdição serve de controle do magistrado “a quo” restringindo-lhe a liberdade e desprestigiando o julgador de primeiro grau.

Adotando esse sentido negativo, faz críticas Oreste Nestor Laspro:

A existência do duplo grau de jurisdição, a partir do momento que começa se estruturar o poder estatal, o duplo grau de jurisdição surge como um dos meios utilizados, seja pelos imperadores romanos, seja pelos chefes da igreja, seja pelos reis, bárbaros, e demais reis europeus que o seguiram, de unificação e estabilização de seus territórios, verdadeiro mecanismo de controle por parte do chefe político e militar sobre seus funcionários, aos quais cabia origiariamente a tarefa de julgar – quem delegava o poder não delegava todo o poder²².

Quanto ao enfoque positivo, o duplo grau serve para controle da decisão e não do magistrado. Deste modo, a fim de evitar o arbítrio do *decisum* de primeiro grau a existência de dois graus de jurisdição é indispensável.

²⁰ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 22 ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p.81.

²¹ LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *Op cit.* p.93.

²² *Idem. Ibidem.* p. 176.

Destarte, torna-se fundamental compreender que o princípio do duplo grau de jurisdição tem fundamento político, sendo a sua criação, manutenção e exercício fruto de decisões políticas sobre o exercício da função jurisdicional.

1.3.2. Das razões ideológicas e econômicas.

As razões ideológicas são muito ligadas às econômicas, por isso resolvi tratá-las no mesmo tópico. Deste modo, o duplo grau de jurisdição pode e deve ser tratado sob duas óticas, o duplo grau a partir de uma ótica liberal e o duplo grau sob a ótica do Estado Democrático de Direito.

Sob uma perspectiva liberal, o duplo grau de jurisdição torna-se de observância obrigatória, sendo o duplo exame dos pedidos dogma intangível.

Nesse sentido, o professor gaúcho Ovídio Baptista da Silva faz excelente digressão afirmando que o sistema de recurso, o que inclui o duplo grau de jurisdição, tem raízes “*no mais puro Iluminismo. É o pressuposto de que o processo deva buscar a solução “certa”. É o pensamento binário, incompatível com a doutrina contemporânea que resgatou a importância dos “princípios” como idéia imanente às normas jurídicas particulares*”²³.

Com efeito, o duplo grau de jurisdição possui um forte viés liberal que está ligado a busca da solução “certa”, como se a instância superior fosse o “oráculo” para pronunciar a decisão perfeitamente correta.

Com relação à vertente econômica, a demora de um processo, ocasionado algumas vezes pela faceta de um duplo grau indispensável resulta prejuízo à parte que tem razão na demanda e o ônus do tempo pode gerar uma decisão completamente ineficaz.

Deste modo, na perspectiva e ótica do Estado Democrático de Direito, pós-positivista, altera-se a obrigatoriedade de um duplo grau de jurisdição. Deve ser sopesado e privilegiado o valor de acesso ao tribunal para a correção de gravames objetivos, ponderando-se o duplo grau de jurisdição e a segurança com a razoável duração do processo, com o fito na justiça da decisão.

²³ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Processo e Ideologia**. 2ª ed Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2006. p. 252.

Numa perspectiva econômica, privilegia-se a celeridade e diminui-se os custos do processo, na medida em que, quem menos tem condições de arcar com os custos do processo, necessita que este termine o mais breve possível. Ademais, é importante consignar que muitos réus, principalmente grandes empresas e até o próprio Estado, quando réus, procrastinam o processo abusando do direito de defesa, apoiando-se na morosidade do órgão judiciário.

Nesse sentido comenta Dalmo de Abreu Dallari:

A partir desse princípio salutar [duplo grau de jurisdição] tem havido muitos exageros, que, em certos casos, comprometem o próprio direito de defesa, pois quando é dada a oportunidade de questionar várias vezes os mesmos pontos e quando este questionamento pode-se referir a pormenores formais, a discussão sobre o direito sempre acaba prejudicada. E como é óbvio, a complicação, a delonga, o uso de subterfúgio e de manobras protelatórias, tudo isso favorece quem tem mais recursos econômicos e pode contratar melhores advogados, gastar mais dinheiro com a produção de provas e suportar por mais tempo uma demanda judicial”²⁴.

Como visto, ideologicamente e economicamente o princípio do duplo grau de jurisdição possui uma forte origem e matriz liberal, por isso sob o novo paradigma pós-positivista, o duplo grau de jurisdição deve ser mitigado devido à influência dos valores do Estado Democrático de Direito.

1.4. Do conceito de duplo grau de jurisdição.

Inicialmente, cumpre, de logo, destacar que etimologicamente, segundo a doutrina majoritária²⁵, não é correto falar-se em duplo grau de jurisdição. Assim, assevera Laspro, com base nas lições de Contra-Dinamarco-Grinover que legiferam que:

Na verdade falar-se em um duplo grau de jurisdição é equivocado pois se a jurisdição é uma das projeções do poder soberano, tolerar o duplo grau de jurisdição seria

²⁴ DALLARI, Dalmon de Abre. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 100.

²⁵ Registre-se a posição doutrinária do Prof. Dr. Wilson Alves de Souza, titular de direito processual civil da UFBA, que defende a hipótese de repartição interna da jurisdição, gerando a consequência da inexistência do ato processual proferido por agente sem jurisdição.

admitir a existência de várias jurisdições e, conseqüentemente, a pluralidade de soberanias o que não faz sentido²⁶.

Entretanto, para conceituar o duplo grau de jurisdição irá depender de como se entende a manifestação deste. Ou seja, se o mero duplo exame da demanda gera o duplo grau de jurisdição. Se há necessidade que este duplo exame seja feito por órgãos diferentes, ou ainda, que haja hierarquia entre os membros destes órgãos. E por fim, para o duplo exame caracterizar o duplo grau de jurisdição deve haver admissibilidade plena de fatos e provas.

A primeira hipótese elencada é a do art. 34 da Lei n. 6.830/1980 em que se prevê a hipótese de embargos infringentes para o mesmo juiz prolator da decisão, nos casos em que o valor de alçada for menor ou igual daquele previsto no citado artigo. Abarcando tal hipótese como havendo um duplo grau de jurisdição é o conceito de Nelson Nery:

Consiste em estabelecer a possibilidade de a sentença definitiva ser reapreciada por órgão de jurisdição, normalmente de hierarquia superior à daquele que a proferiu, o que se faz de ordinário pela interposição de recurso. Não é necessário que o segundo julgamento seja proferido a órgão diverso e de categoria hierarquicamente superior à daqueles que realizou o primeiro exame²⁷.

Ainda outra hipótese é a dos Juizados Especiais cíveis e criminais, no qual há um duplo exame da demanda, contudo o segundo exame não é realizado por órgãos composto por membros hierarquicamente superiores.

Para alguns autores, não trata-se aqui de manifestação do duplo grau de jurisdição. Laspro, por exemplo, afasta essa hipótese do seu conceito de duplo grau de jurisdição, e afirma que “*o duplo grau de jurisdição como sendo aquele sistema jurídico em que, para cada demanda, existe a possibilidade de duas decisões válidas e completas no mesmo processo, emanadas por juízes diferentes, prevalecendo sempre a segunda em relação à primeira*”²⁸.

²⁶ LASPRO, Orestes Nestor. *Op cit.* 17.

²⁷ NERY JÚNIOR, Nelson. **Teoria geral dos recursos**. 5 ed. atual. ampl. e reformulada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.43.

²⁸ LASPRO, Oreste Nestor. *Op. Cit.* p. 27.

De forma contrária, Ana Menezes Marcato explica que “*para observância regular do duplo grau de jurisdição basta apenas que o juízes a quo e ad quem sejam distintos não havendo necessidade de superposição de hierarquia entre eles*”²⁹.

Assim, no caso dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, para Oreste Nestor Laspro não há um duplo grau de jurisdição, mas um duplo exame. Já para Ana Menezes Marcato há duplo grau de jurisdição.

Preferimos, todavia, a definição delineada Luiz Guilherme Marinoni afirmando que “*o duplo grau de jurisdição como um duplo juízo sobre o mérito, até porque – quando a revisão é feita pelo tribunal – não há que falar em dois graus de “jurisdição”, mas em dois órgãos do Poder Judiciário analisando a mesma causa*”³⁰.

Por fim, não acreditamos na posição de que o duplo grau de jurisdição apenas se manifesta quando há re-exame de fatos e provas, pelo contrário, este se manifesta também, quando há exame limitado, ainda que em matéria exclusivamente de direito, por órgão superior.

1.5. Do duplo grau de jurisdição. Princípio ou regra?

Um dos estudos mais profícuos na doutrina pós-positiva é a nova dimensão dada aos princípios. Notadamente advindo da doutrina do *comum law* em que o parâmetro para julgamento dos *hard cases* não poderia ser a regra, pois lei específica alguma existia na sociedade dando a resposta para o “caso difícil”, inclusive, compreende-se ser este um dos motivos para que tal caso seja chamado de *hard case*.

Sob este enfoque, a doutrina de Ronald Dworkin desenvolveu e ampliou o papel dos princípios na aplicação do direito. Assim, concorda Humberto Ávila:

Foi na tradição anglo-saxônica que a definição de princípios recebeu decisiva contribuição. A finalidade do estudo de Dworkin foi fazer um ataque geral ao Positivismo

²⁹ MARCATO, Ana Cândida Menezes. **O princípio do duplo grau de jurisdição e a reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Atlas, 2006. p. 27.

³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Garantia da Tempestividade da Tutela Jurisdicional e Duplo Grau de Jurisdição. In TUCCI, José R. C (coord.). **Garantias Constitucionais do Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 208.

(*general attack on Positivism*), sobretudo no que se refere ao modo aberto de argumentação permitido pela aplicação do que ele viria a definir como princípios (*principles*)³¹.

Assim, tanto os princípios, quanto as regras são normas jurídicas. Portanto, os princípios deixaram de ter a função de orientação e colmatação das lacunas (na forma do postulado positivista), de fato, não perderam esta função, mas ampliaram a sua aplicação.

Deste modo, os princípios são verdadeiros deveres de otimização aplicados segundo as possibilidades do caso concreto, em diversos graus. Sustenta Alexy:

Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente de suas possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas”³².

Assim, a distinção entre princípios e regras é apenas de caráter lógico. Relata Dworkin:

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem³³.

Destarte, salienta ainda Dworkin “*que os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm - a dimensão do peso ou importância*”³⁴.

Assim, havendo colisão de princípios, deve o aplicador do direito adotar a ponderação (peso ou importância, nas palavras de Dworkin) e aplicar o princípio mais adequado ao caso concreto, sem que o princípio temporariamente olvidado seja invalidado.

De outro turno, em caso de colisão de regras, explica Ronald Dworkin, a sua distinção, “*que as regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que*

³¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 28.

³² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.p.90

³³ DWORKIN, Ronald. *Op. Cit* .p.30.

³⁴ *Idem.Ibidem*. p. 42.

uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão”³⁵.

Deste modo, o duplo grau de jurisdição é um princípio, seja porque não existe previsão expressa na Constituição Federal de 1988, seja porque se submete ao critério da ponderação. E, *in casu*, irá se ponderar o princípio do duplo grau de jurisdição com suporte na segurança jurídica, mas em colisão com a razoável duração do processo e com a justiça visando a efetividade da decisão.

Portanto, há fundamento sólido na Teoria do Direito para, em alguns casos, a partir da ponderação entre princípios e valores se mitigar o duplo grau de jurisdição devido ao maior peso atribuído à razoável duração do processo. Ademais, a cláusula do devido processo legal valorativo deve ser colmatado com o valor justiça ou a tempestividade da tutela jurisdicional, por isso, a permissão de mitigação do princípio do duplo grau de jurisdição.

1.6. Da inexistência de previsão expressa do princípio do duplo jurisdição na Constituição Federal de 1988.

Como já narrado no tópico sobre o histórico do duplo grau de jurisdição, o princípio do duplo grau de jurisdição somente teve previsão na Constituição imperial de 1824, contudo tem debatido a doutrina se o citado princípio é uma garantia constitucional absoluta, ou se pode ser mitigado por normas infraconstitucionais, na medida em que inexistente tal princípio transcrito *in verbis* na Carta Magna de 1988.

Averiguando a doutrina brasileira, pode-se verificar três posicionamentos sobre o assunto, a primeira, que concebe o princípio do duplo grau de jurisdição como garantia Constitucional absoluta, a segunda, que o concebe como garantia constitucional, contudo relativa, ou seja, pode ser mitigada, e a terceira, que não o tem como uma garantia Constitucional.

³⁵ *Idem. Ibidem. p. 39.*

Assevera Fredie Didier Jr.³⁶ apontando que há aqueles que pugnam pelo perfil constitucional do princípio do duplo grau de jurisdição: impende registrar as lições de Nelson Luiz Pinto, Calmon de Passos, bem como as de Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier.

Sob a compreensão de um perfil constitucional praticamente absoluto está Djanira Maria Radamés de Sá afirma que:

Esteja a cláusula (do duplo grau de jurisdição) expressamente prevista ou não, decorre ela diretamente e imediatamente do devido processo legal, sendo inegavelmente garantia constitucional que permite o acesso a decisão justa e, conseqüentemente, a ordem jurídica justa³⁷.

Contudo, há aqueles que sustentam posição intermediária, relatando que o princípio do duplo grau de jurisdição é uma garantia constitucional mas que pode ser mitigada pelo legislador infraconstitucional. Nesse sentido Carolina Lima:

O Duplo Grau de Jurisdição, é uma garantia constitucional que decorre do princípio do Devido Processo Legal, da Ampla Defesa e da organização constitucional dos tribunais brasileiros. Não se trata, no Direito Processual Civil, de uma garantia plena, ou seja, que deva ser aplicada em todas as decisões. Se o direito processual garantisse o Duplo Grau de Jurisdição em todas as decisões, o processo passaria a ter caráter protelatório, desrespeitando outros princípios também fundamentais no processo³⁸.

Por fim, a terceira posição pode ser sintetizada por Maria Fernanda Rossi Ticianelli em monografia especializada sobre tema, a autora é categórica na sua afirmação de que o *“princípio do duplo grau de jurisdição não é uma garantia constitucional, e o legislador*

³⁶ DIDIER JR, Fredie e CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil: Meios de impugnação às decisões e processo nos tribunais**. Vol 3. Salvador: JusPODIVM, 2006. p. 2.

³⁷ SÁ, Djanira Maria Radamés de. **Duplo grau de jurisdição: Conteúdo e Alcance Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 102.

³⁸ LIMA, Carolina Alves de Souza. **O princípio constitucional do duplo grau de jurisdição**. São Paulo: Manole, 2004.p. 159.

fez a opção de afastar esta natureza daquele princípio, no momento em que decidiu não fazer referência expressa a ele na Constituição brasileira”³⁹.

Nesse diapasão, Dinamarco, traz lição interessantíssima, afirmando que o constituinte apenas deixou um conselho ao legislador em relação ao estudado princípio do duplo grau, acrescentando que:

Esse quadro, associado ao silêncio constitucional, quanto a uma suposta garantia ao duplo grau de jurisdição a Constituição de 1988 é tão pródiga e explícita ao enunciar garantias), mostra que fica somente o conselho(a) ao legislador, no sentido de que evite confinar causas a um nível só, sem a possibilidade de um recurso amplo e (b) ao juiz, para que, em casos duvidosos, opte pela solução mais liberal, inclinando-se a formar a admissibilidade do recurso⁴⁰.

Não por outra razão, o Supremo Tribunal Federal (São os julgados RE n. 317.847/SP (Relator Ministro Moreira Alves, j. em 09.10.2001) e no AgRg n.242.383-8 (Relator Ministro Moreira Alves, j. em 20.04.1999) vem se posicionando no sentido de que nenhuma irregularidade existe quando a lei infraconstitucional determina a supressão de instância com espoco de trazer maior efetividade às decisões judiciais.

Importante, contudo, mencionar que na esfera penal, o princípio do duplo grau de jurisdição não pode ser relativizado, devido a ratificação pelo Brasil do Pacto de São José da Costa Rica. Afirma Nelson Nery Júnior:

O Pacto de Santo José da Costa Rica não instituiu o princípio do duplo grau de jurisdição como garantia absoluta no processo civil e do trabalho, mas apenas ao processo penal, a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) de 22.11.1969, do qual o Brasil é signatário e já fez ingressar ao seu direito interno, estabelece no seu Art. 8º, n. 2, letra h, *verbis*: “Art. 8º Garantias Judiciais: (...) 2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma a sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada a sua culpa. Durante o processo toda a pessoa tem direito, em plena igualdade, às

³⁹ TICIANELLI, Maria Fernanda Rossi. **Princípio do duplo grau de jurisdição**. Curitiba: Juruá, 2005. pp. 150/151.

⁴⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op cit.* p. 164

seguintes garantias mínimas: (...) h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior. A leitura dessa norma do tratado internacional indica a adoção da garantia do duplo grau de jurisdição em matéria penal, isto é, o direito de o réu, no processo penal, interpor recurso de apelação. No entanto, a garantia expressa no tratado parece não alcançar o direito processual como um todo, donde é lícito concluir que o duplo grau de jurisdição, como garantia constitucional absoluta, existe no âmbito do direito processual penal, mas não no direito processual civil ou do trabalho⁴¹.

Por fim, importante registrar que a doutrina já apontava inconvenientes à absolutização do princípio do duplo grau de jurisdição, quais sejam: excessiva duração do litígio; desprestígio das decisões de primeiro grau; desestabilização da unidade do poder jurisdicional; afastamento da verdade real; sacrifício do princípio da imediação, os quais serão objeto de tópico a *posteriori*.

Defende-se, por fim, a segunda posição, de que o princípio do duplo grau de jurisdição é uma garantia constitucional, contudo, não absoluta, exceto em matéria penal em favor do réu. Isto decorre da inexistência de previsão expressa do princípio, bem como porque possível a sua mitigação ante a confluência de outros princípios e do devido processo legal valorativo.

1.7. Do direito fundamental a razoável duração do processo e a mitigação ao duplo grau de jurisdição.

O direito fundamental a razoável duração do processo não é novidade no ordenamento jurídico internacional⁴². Entretanto, a partir da Emenda Constitucional nº 45,

⁴¹ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. pp. 178/179.

⁴² ARRUDA, Samuel Miranda. **O direito fundamental à razoável duração do processo**. Brasília: Brasília Jurídica, 2006. Já Kohelaer chama a atenção que “...o *due process of law* e a duração razoável do processo expandiram-se pelo mundo, sendo proclamados em incontáveis constituições posteriores. Tal expansão iniciou-se pelas ex-colônias inglesas da América do Norte, como na Declaração de Direitos da Virgínia, de 12.06.1776, e na Declaração de Delaware de 02.09.1776 (...)” Consagrando a razoável duração do processo como o “*speedy trial clause*” e, no particular, comenta o mencionado autor: “O instituto da “*speedy trial clause*” (cláusula do julgamento rápido) foi incorporado também ao ordenamento jurídico da nova nação que

que incluiu o inciso LXXVIII⁴³, no catálogo de direitos fundamentais constante no art. 5º, passou a ser estudado pelos doutrinadores brasileiros, e buscado a sua implementação pelos Tribunais⁴⁴.

Razoabilidade para alguns considerado um postulado⁴⁵, para outros uma cláusula geral⁴⁶ na interpretação do direito, o fato é que a razoabilidade deve ser utilizado para determinar o que seria o tempo *razoável* para a duração do processo.

Entretanto, a inserção no catálogo da razoável duração do processo, o colocou como direito fundamental expresso⁴⁷, de eficácia e exigibilidade imediata, principalmente pelo Estado.

Nesse sentido, irá colidir o direito fundamental a razoável duração do processo que representa a necessidade de uma sentença eficaz *versus* o princípio do duplo grau de jurisdição que representa o valor da segurança jurídica e do controle das decisões.

Com a vicissitude deste confronto de princípios e valores que se depara o jurista da contemporaneidade para trazer uma solução justa ao ordenamento jurídico, e conseqüentemente às partes litigantes.

É certo que, simplesmente mitigar o princípio do duplo grau de jurisdição com fundamento na razoável duração do processo, poder-se-ia produzir verdadeira decisão injusta e em desacordo com os valores primazes do ordenamento jurídico. Por outro lado, consagrar o princípio do duplo grau de jurisdição apenas como um dogma que deve ser observado, sem questionarem-se suas razões políticas, econômica, históricas e ideológicas

surgia, tendo sido expressamente contemplado na 6ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos”. KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. **A razoável duração do processo**. Editora Juspodvm: Salvador, 2009. p.32/33

⁴³ “LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

⁴⁴ No Brasil, a inserção da direito fundamental à razoável duração do processo possui 5 (cinco) conseqüências, na visão de Koehler: Incentivo à pesquisa e estudo doutrinário; O uso do princípio como razão de decidir; Atuação o poder judiciário para a concretização do mandato constitucional; Inconstitucionalidade das leis que atentam contra a razoável duração do processo; Indenizabilidade dos danos sofridos com a demora no processo; *Idem. Ibidem*.

⁴⁵ ÁVILA, Humberto. *Op. Cit*.

⁴⁶ SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Op. Cit. p. 95*.

⁴⁷ A obra brasileira sobre o tema, a tese de doutoramento do prof. Samuel Miranda Arruda trata à luz da doutrina portuguesa dos direitos fundamentais a razoável duração do processo como um direito fundamental. ARRUDA, Samuel Miranda. **O direito fundamental à razoável duração do processo**. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

gera uma falsa impressão da realidade que também pode ocasionar injustiças decorrentes da demora e das ingerências políticas nocivas às decisões. Por isso, deve-se questionar e mitigar o princípio do duplo grau de jurisdição com fundamento no direito fundamental a razoável duração do processo, mas observando-se sempre a segurança jurídica, a fim de angariar-se a efetividade e a justiça da decisão.

1.8. Das vantagens e desvantagens do duplo grau de jurisdição.

Os doutrinadores processualistas, em sua maioria, que estudam tema do princípio do duplo grau de jurisdição, têm elencado diversos argumentos de vantagens e desvantagens do citado princípio. Obviamente, que o elenco de argumentos é interessante, pois naturalmente, irá definir a posição dos intérpretes, doutrinadores e aplicadores do direito sobre a necessidade de sua observância e a possibilidade de sua mitigação.

1.8.1. Das vantagens.

A primeira vantagem que se destacar sobre o princípio do duplo grau de jurisdição é a *segurança na decisão, em virtude da maior experiência dos juízes de segunda instância*. Afirma Maria Ticianelli:

Diversos doutrinadores (a exemplo de Djanira de Sá, Laspro e Marinoni) que o reexame dos processos de forma indistinta proporciona às partes a almejada segurança de uma justiça mais correta e segura, afirmando que os juízes de segunda instância são mais experientes, que é possível o controle dos atos jurisdicionais, bem como o inconformismo natural da parte vencida em 1ª instância⁴⁸.

A decisão passaria por um duplo exame e um amplo debate. Deste modo, a probabilidade de equívoco seria menor.

Referido argumento é razoável, notadamente porque o legislador tem privilegiado a questão da experiência para julgamento (veja-se por exemplo a exigência de no mínimo três

⁴⁸ TICIANELLI, Maria Fernanda Rossi. **Princípio do duplo grau de jurisdição**. Curitiba: Juruá, 2005. p. 192.

anos de atividade jurídica para exercer a magistratura). O julgador de segundo grau, sem dúvida, tem mais experiência na carreira e, como tal, está sujeito a menos equívocos.

Nada obstante, Oreste Nestor Laspro⁴⁹ critica todos os argumentos favoráveis ao princípio do duplo grau de jurisdição, elencando que, no caso, a maior experiência não é fator determinante, pois se isso fosse imprescindível todos os processos deveriam correr, de logo, no segundo grau, e, ainda, nos juizados especiais, as turmas recursais são composta por julgadores de primeiro grau, formada de juízes togados.

A questão aqui não é apenas a maior experiência do julgador de segunda instância, mas as interferências políticas que este pode sofrer, como já foi descrito no tópico das razões ideológicas.

Na esteira desse primeiro argumento é o *exame mais aprofundado do litígio*, como já citado, há possibilidade da demanda passar por ampla análise, com debate e sustentação dos diversos pontos de vistas. Nesse sentido, é importante observar a opinião do ilustre José Carlos Barbosa Moreira:

A justificação política do princípio tem invocado a maior probabilidade de acerto decorre da sujeição dos pronunciamentos judiciais ao crivo da revisão. É dado da experiência comum que uma segunda reflexão a cerca de qualquer problema freqüentemente conduz a mais exata conclusão, já pela luz que projeta sobre ângulos até então ignorados, já pela oportunidade que abre para reavaliação de argumentos a que no primeiro momento talvez não se tenha atribuído o justo peso⁵⁰.

É de se notar que o *exame mais aprofundado do litígio* coloca em contraditório a sentença de primeiro grau, o que é um elemento positivo. Deste modo, não se pode olvidar que a processualística contemporânea tem sinalizado que o juiz também é sujeito do contraditório, assim, relata Bedaque “*tem-se entendido que a necessidade de efetiva*

⁴⁹ LASPRO, Oreste Nestor. *Op cit.*

⁵⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Vol. V. 11ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 237.

participação no desenvolvimento da relação processual, influenciando no resultado do julgamento, refere-se não apenas às partes, mas também ao juiz”⁵¹.

Assim, ainda no ensejo do *exame mais aprofundado*, como argumento favorável surge a ideia que a decisão do segundo grau geralmente é um acórdão, ou seja, *decisão colegiada*, submetida a amplo debate, com possibilidade de sustentação oral pelos patronos das partes. A decisão colegiada também caminha para a probabilidade de maior justiça na decisão, haja vista que no mínimo duas pessoas devem concordar sob o resultado final da decisão.

Outros argumentos favoráveis estão nas linhas dos controles dos órgãos julgadores de primeiro grau. Trata-se do controle interno (psicológico) e controle externo (fiscalização da atividade estatal). Nesse sentido sintetiza Ana Marcato:

Com relação ao controle psicológico, tem-se que a simples existência de tribunais superiores induz, nos juízes de primeiro grau, comportamento mais cuidadoso, cientes de que sua decisão poderá ser revista, não lhe agradando a idéia de reforma da mesma. (...) no que tange ao controle externo dos atos dos juízes, a justificativa é no sentido de que não se pode admitir uma atividade estatal sem fiscalização, ainda mais quando se trata de atividade praticada pelo Judiciário, cujos os membros, na maior parte dos países, não são eleitos pelo povo⁵².

A bem da verdade, insta, de logo, salientar que, ao final ter-se-á que ponderar as vantagens e as desvantagens do duplo grau de jurisdição, a segurança *versus* celeridade, tudo com o objetivo da justiça, valor fim no tempo presente. Continuemos, então a analisar as desvantagens.

⁵¹ 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.21.

⁵² MARCATO, Ana Cândida Menezes. *Op cit.* pp. 43/44.

1.8.2. Das desvantagens

A doutrina tem elencado alguns argumentos de desvantagens do princípio do duplo grau de jurisdição. Importa aqui registrar três deles, os quais reputamos mais importantes, a saber: óbice a razoável duração do processo, desprestígio da primeira instância e inutilização do procedimento oral.

Alerta o professor paranaense Luiz Guilherme Marinoni em suas lições o sistema processual civil “*para atender ao direito fundamental a tutela efetiva, deve ser capaz de racionalizar a distribuição do tempo do processo e inibir as defesas abusivas, que são consideradas por alguns, até mesmo direito do réu que não tem razão*”⁵³.

O tempo, indubitavelmente, tem sido o problema e desafio do processualista contemporâneo. Não por outra razão, o legislador tem encaminhado reformas para tentar encurtar o tempo do processo, tome-se como exemplo no tocante ao regime aplicado aos processos repetitivos (art. 285-A do CPC), ou ao julgamento direto do mérito pelo tribunal (art. 515 § 3º do CPC).

No mesmo sentido, Humberto Theodoro Júnior conclui que:

A demora demasiada pode ser sinônimo de injustiça, assim, é evidente que sem efetividade, no concernente ao resultado processual cotejado com o direito material ofendido, não se pode pensar em processo justo. E não sendo rápida a resposta do juízo para a pacificação do litígio, a tutela não se revela efetiva. Ainda que afinal se reconheça e proteja o direito violado, o longo tempo em que o titular, no aguardo do provimento judicial, permaneceu privado do seu bem jurídico, sem razão plausível, somente pode ser visto com uma grande injustiça⁵⁴.

Destarte, o princípio do duplo grau de jurisdição tomado de uma forma absoluta pode se tornar grave inconveniente para a prestação jurisdicional adequada. O processo

⁵³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da Tutela**. 10 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p.274.

⁵⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. Rio de Janeiro, Forense, 2007. p.36

deve compatibilizar-se, através da ponderação dos princípios da razoável duração do processo e do duplo grau de jurisdição, da segurança e da justiça da decisão.

Quanto ao *desprestígio da primeira instância* decorre do fato de haver recurso na maioria das decisões, o juízo de primeiro grau limitar-se-ia a colher provas, tendo sua decisão pouco valor⁵⁵. Ademais, acrescento não só o desprestígio, mas a completa insegurança e desconfiança que leva às partes litigantes, uma vez que tendo uma sentença razoavelmente justa a seu favor, pode sofrer modificação por entendimento diverso do tribunal.

Enfim, a inutilização do procedimento oral. Nas lições de Oreste Laspro:

Trata-se de procedimento completamente incompatível com o duplo grau de jurisdição. Desta maneira, não fica difícil perceber que a efetivação da oralidade, perante o sistema do duplo grau de jurisdição merece bastante atenção, na medida em que surgem sérias dificuldades, senão uma incompatibilidades de sistemas⁵⁶.

O mencionado autor reserva um capítulo em sua monografia especializada para destacar a importância do procedimento oral em face do duplo grau de jurisdição. Entretanto, chama a atenção de que o procedimento oral não iria resolver todos os problemas processuais, mas seria a forma de se chegar mais próximo a verdade real.

No entanto, não é esta a saída para se chegar mais próximo da verdade real. Adverte Barbosa Moreira⁵⁷ que a oralidade é um mito na resolução dos problemas processuais, causando arrepio se algo for escrito. Assim, não acredita-se na oralidade como a rainha mestra para solucionar os problemas do processo, em que pese na Europa o princípio da oralidade ter sido considerado o vetor de grandes reformas processuais⁵⁸.

⁵⁵ Frederico Koehler menciona sobre o tema que: “*A doutrina pátria chama a atenção para o atual desprestígio da primeira instância do Poder Judiciário, cuja a função estaria cada vez mais se resumindo a coleta de provas e a apresentação de simples optativo sobre a matéria de direito*”. KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. **A duração razoável do processo**. Salvador: Editora Juspodivm, 2009. p. 183.

⁵⁶ LASPRO, Oreste Nestor. *Op. Cit.*

⁵⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O Futuro da Justiça: Alguns Mitos. In **Temas de Direito Processual, oitava série**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 6.

⁵⁸ Cappelletti sinaliza que: “*No Continente, o grande movimento de reforma se apresentou sob o nome símbolo de “oralidade”, um nome amiúde mau entendido e desorientador. O que o movimento reformador efetivamente queria, na realidade, era bem mais que uma mera reação contra o predomínio da escrita do procedimento do ius commune e nos procedimentos deste derivados. Queria reagir contra - ou romper com -*

Assim, o desafio perfaz-se em balancear as vantagens e desvantagens do princípio do duplo grau de jurisdição, com fulcro nas suas razões de existir, almejando o valor justiça, gerando breves conclusões a serem elencadas nos próximos tópicos.

2.10 – Das limitações ao princípio do duplo grau de jurisdição e a mitigação imposta pela distinção entre gravames objetivo e subjetivo da apelação.

Algumas limitações já têm sido impostas ao princípio do duplo grau de jurisdição pela legislação infraconstitucional, é o que ocorre, por exemplo, com a aplicação do art. 515 § 3º do CPC, em que o tribunal julgará, de logo, a lide, se esta estiver em condições de imediato julgamento (teoria da causa madura), nas hipóteses em que a matéria for exclusivamente de direito e houver extinção do processo sem resolução do mérito.

Em trabalho outro⁵⁹, já desenhou-se a ampliação da aplicação da lógica do art. 515, § 3º do CPC, em que defendeu-se a limitação do princípio e julgamento imediato pelo tribunal nas causas em que houver julgamento *cintra petita*. Assim, imediato julgamento dos demais pedidos, sem regresso ao órgão “*a quo*”, sanando o tribunal, de logo, a nulidade e julgando os pedidos, inicialmente, esquecidos pelo juiz de primeiro grau.

Ainda, o desacolhimento da prescrição ou decadência pelo Tribunal e avanço no julgamento dos pedidos.

*todas as outras características do velho processo que mencionamos. Portanto, em edição a uma revalorização do procedimento oral, no processo, os ideais inspiradores do movimento de reforma também foram: primeiro “a imediatidade”, ou seja, a relação direta pessoal pública entre órgão decisor de um lado e as partes, as testemunhas e outras fontes de provas de outro; segundo, a “livre valorização das provas”, ou seja, valorização deixada a apreciação crítica do juiz, desvinculada de regras apriorísticas de exclusão ou valoração, e baseada na observação direta dos elementos probatórios por parte do juiz, em pública audiência; terceiro, “concentração” do procedimento, possível em uma única audiência ou de qualquer modo, em poucas audiências orais, realizáveis a pouca distância temporal uma da outra, preparadas acuradamente numa fase preliminar, na qual os escritos não são necessariamente excluídos; enfim, e como consequência dos ideais precedentes, rapidez no desenvolvimento do processo”. CAPPELLETTI, Mauro. **Processo, ideologia e sociedade**. Vol. I. tradução e notas do Prof. Elcio de Cresci Sobrinho. – Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed, 2008. p. 321.*

⁵⁹ Trabalho de pós-graduação apresentado ao CCJB – Centro de Cultura Jurídica da Bahia para a obtenção do título de especialista em processo, sob o título: “*O princípio do duplo grau de jurisdição à luz de um devido processo legal valorativo*”.

Da reforma do pedido principal, havendo pedido ou pleito eventual ou subsidiário pendente, progredindo o Tribunal no julgamento dos pleitos eventuais ou subsidiários se em condições de imediato julgamento, ainda que seja questão de fato, desde de que a causa esteja em condições de imediato julgamento.

Ademais, deve-se seriamente questionar a obrigatoriedade do duplo grau de jurisdição em casos em que se exige a obrigatoriedade da remessa necessária. O Estado contumaz litigante estabelece para si privilégios para evitar possíveis prejuízos. É certo que, com o aperfeiçoamento das Instituições democráticas e com o aparelhamento cada vez maior do Estado constituindo advogados de defesa, a exigência da remessa necessária vai se tornando desproporcional e desarrazoada⁶⁰, por isso inconstitucional.

Nada obstante, há uma distinção fundamental da qual se lança mão para propugnar a limitação ao princípio do duplo grau de jurisdição, configurando-se esta, quiçá, a principal contribuição que este artigo visa trazer. Advém da distinção entre gravame subjetivo e gravame objetivo nas decisões e suas implicações na limitação do efeito devolutivo da apelação e conseqüente mitigação ao princípio do duplo grau de jurisdição.

O gravame subjetivo ocorre em qualquer decisão que atinge uma das partes pela perda ou a sucumbência que impinge determinada decisão, já o gravame objetivo ocorre quando há, por parte do juiz, uma equivocada e contrária aplicação do direito, aplicação que viola a “literalidade da lei”⁶¹.

⁶⁰ Wilson Alves de Souza em brilhante tese de pós-doutoramento sobre o Acesso à justiça e a responsabilidade civil do Estado descreve no particular: “Não há razão jurídica para que se dê tratamento diferenciado às partes do processo impondo-se a uma delas o ônus de recorrer e dispensando a outra de tal ônus. O Estado deve se aparelhar com pessoal suficiente para cumprir os prazos processuais. O máximo que se pode conceder é uma prorrogação do prazo por tempo razoável, caso se apresente ao juiz alegações e provas que justifiquem tal excepcional providência. Se não existir tal circunstância e não houve interposição de recurso o problema é de responsabilidade funcional do advogado do Estado encarregado do caso, ou então a hipótese é de orientação em não recorrer dado o inequívoco acerto da sentença. Deste modo, o duplo grau obrigatório de jurisdição, por ser um privilégio injustificável, viola o princípio da igualdade, além de fazer dilatar o encerramento do processo desnecessariamente, o que também resulta em violação ao princípio do processo em tempo razoável”. SOUZA, Wilson Alves. **Acesso à justiça e responsabilidade civil do estado por sua denegação : estudo comparativo entre o direito brasileiro e o direito português**. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2006. Disponível na Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia.

⁶¹ J. J. Calmon de Passos há muito já defendia a mencionada posição, esquecida talvez no tempo, mas ressurreta pelas reformas imprimidas nos códigos de processos de países da Europa e pelos novos estudos sobre a efetividade no processo. No particular mencionava o prof. Calmon de Passos “Podemos, em síntese,

Com efeito, cediço a necessidade para que haja verdadeira reforma no sistema recursal brasileiro, é necessário restringir o efeito devolutivo do apelo⁶², o que irá implicar em grande limitação e mitigação ao princípio do duplo grau de jurisdição. Esta limitação e mitigação dar-se-á com a possibilidade de recurso apenas se houver gravame objetivo na decisão⁶³, ou seja, por haver incorreta aplicação do direito, na medida em que a decisão razoavelmente justa, que fora aplicada em correta sintonia com o direito deve ser mantida intocável⁶⁴, ressaltando-se as questões de interesse público devidamente previstas em lei.

Já se buscou fazer tal reforma na legislação nacional, na seara trabalhista, em sede das ações sujeitas ao rito sumaríssimo, sendo objeto de posterior veto do Presidente da República, relatando no Art. 895, I § 1º da CLT, *in verbis*:

“Art. 895. Cabe recurso ordinário para a instância superior:

afirmar que de toda e qualquer decisão em processo contencioso resultam: a) sempre e necessariamente um gravame subjetivo (desvantagem ou prejuízo jurídico para um dos contendores); b) ocasionalmente, um gravame objetivo (inexata aplicação do direito ao caso concreto), disso também decorrendo (porque toda decisão determina esta consequência) um gravame subjetivo. Há, por conseguinte, decisões das quais resultam apenas gravames subjetivos e decisões outras que a eles somam-se gravames objetivos. Quando colocamos o problema do duplo grau de jurisdição sem atentar para essa distinção, corremos o risco, como nos parece tem acontecido, de oferecer tratamento único para situações que reclamam disciplina diversificada. PASSOS, J. J. Calmon de. **O devido processo legal e o duplo grau de jurisdição**. In *Revercor. Estudos jurídicos em homenagem à Faculdade de Direito da Bahia. 1891 – 1981*. Saraiva, 1981, pp. 92-94.

⁶² O prof. gaúcho Ovídio Baptista da Silva resguarda posição semelhante: “*Se não adquirimos uma visão lúcida da necessidade de repensar a natureza da função jurisdicional que o conjunto de determinantes históricas e sociais nos impõe, de modo que se possa resgatar a jurisdição de primeiro grau, com a natural e desejável redução dos recursos – inclusive e especialmente com a limitação do efeito devolutivo da apelação -, então o remédio de que nos podemos valer será atingirmos a causa atacando sua consequência, procedendo a um corte cirúrgico no sistema recursal*”. SILVA, Ovídio Bptista. *Op. Cit.* p. 261.

⁶³ Wilson Alves de Souza manifesta-se da seguinte maneira, no particular: “*Se a decisão está correta quanto aos fatos e quanto ao direito não há porque, de regra, se admitir recurso. Portanto, o que vai importar para se admitir ou não o recurso é o conteúdo da decisão e o conteúdo do recurso, não o fato de o juiz que julgou ter instruído a causa, o procedimento ou o valor econômico da causa. O problema está em saber, na prática, quando a decisão importa em inexata aplicação do direito no caso concreto (gravame objetivo). Certamente que existem casos em que a decisão do juiz é abertamente antijurídica. Estaríamos aí diante daqueles casos evidentes em que o magistrado violou abertamente a ordem jurídica, e nesse passo é de ficar patente que essa violência se põe também no plano dos fatos (ter-se como inexistente fato efetivamente ocorrido ou ter-se como existente fato que não ocorreu). O problema está em que podem existir decisões injustas mas que, na prática, pelo menos, no plano do direito não fica assim tão abertamente caracterizada uma situação de abuso de poder ou ilegalidade. Em resumo, o recurso, em princípio, não deve ser autorizado simplesmente pelo fato da sucumbência, mas também não pode ficar limitado ao rigor da ação rescisória ou do denominado recurso de revisão, conforme se trate, respectivamente do direito brasileiro ou do direito português*”. SOUZA, Wilson Alves de. *Op cit.* p. 253/254.

⁶⁴ BEN-HUR, Silveira Claus ... [et al.]. *A Sentença razoável deve ser confirmada*. In: BEN-HUR, Silveira Claus ... [et al.]. **A função revisora dos Tribunais: a questão do método no julgamento dos recursos de natureza ordinária**. Porto Alegre: HS, 2009.

§ 1º *Nas reclamações sujeitas ao procedimento sumaríssimo, o recurso ordinário: (Acréscitado pela L-009.957-2000)*

I – VETADO – “somente será cabível por violação literal da lei, contrariedade a súmula de jurisprudência uniforme do Tribunal Superior do Trabalho ou violação direta da Constituição da República, não se admitindo recurso adesivo”;

Razões do veto

“Por derradeiro, não seria conveniente manter a regra insculpida no inciso I do § 1º do art. 895, que contém severa limitação do acesso da parte ao duplo grau de jurisdição, máxime quando já se está restringindo o acesso ao Tribunal Superior do Trabalho”⁶⁵.

Como visto, das razões do veto o duplo grau de jurisdição foi tomado como um dogma, o que não pode ser considerado, como já devidamente demonstrado neste trabalho. Ademais, o direito fundamental ao acesso ao tribunal, em verdade, pode ser exercido de forma limitada, contudo constitucional.

É certo que na legislação alienígena, no particular, anda a passos largos combatendo a morosidade e prestigiando o juiz de primeiro grau. Assim assevera Luiz Guilherme Marinoni:

Lembre-se que quase todos os ordenamentos jurídicos, até mesmo o francês, em que a idéia do *Double degré de juridiction* parece está particularmente arraigada, deixam de prevê o duplo grau de jurisdição como uma garantia constitucional ou fundamental de justiça. Na verdade, em quase todos os países existem mitigações ao duplo grau, justamente para atender a efetividade do direito de ação.

No sistema da *comum law* fala-se em rights to appeal, mas o appeal assemelha-se muito mais ao nosso recurso especial do que à apelação, uma vez que somente é admissível em caso de erro de direito”⁶⁶.

No mesmo sentido Koehler:

⁶⁵ Disponível em http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/LEIS/Mensagem_Veto/2000/Mv0075-00.htm acesso em 10 de dezembro de 2009 às 14:50h.

⁶⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. Cit.* pág. 216.

Em muitos sistemas jurídicos já se percebeu o papel fundamental da primeira instância. O ponto de partida da Reforma da ZPO de 2002, por exemplo, é o fortalecimento do juízo *a quo* e o restabelecimento de seu lugar de destaque como o momento central da prestação jurisdicional. A consecução dessa meta implica em melhorar o processo em geral e resulta no descongestionamento das instâncias de alçada e dos tribunais superiores⁶⁷.

Destarte, a legislação processual brasileira ainda tem muito para avançar, e adequar-se a mudanças, não sendo parâmetro suficiente apenas a oralidade⁶⁸ e o valor da causa⁶⁹, mas a limitação dos efeitos da apelação, tendo como corolário a mitigação do dogma do princípio do duplo grau de jurisdição, a ser verdadeira alteração substancial a ocorrer no processo civil brasileiro.

1.11. Conclusões

À guisa de conclusões têm-se que:

01. O processo civil passa por uma mudança de paradigma que influencia todos os institutos, inclusive o princípio do duplo grau de jurisdição.
02. Esta mudança de paradigma leva uma releitura ao princípio do duplo grau de jurisdição, passando-se a averiguar e questionar suas razões históricas, ideológicas, econômicas e políticas.
03. A partir das citadas razões atinentes ao princípio do duplo grau de jurisdição propugna-se a sua mitigação com supedâneo no direito fundamental à razoável duração do processo, decorrente da superação do conflito entre segurança *versus* celeridade, privilegiando-se a efetividade da decisão, tendo como fim a justiça.

⁶⁷ KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. *Op cit.* p. 184.

⁶⁸ Tese defendida por Laspro. LASPRO, Oreste Nestor. *Op. cit.*

⁶⁹ Tese defendida por Marinoni, limitando o duplo grau de jurisdição nas causas submetidas ao juizado especial, que possuem reduzido valor da causa e baixa complexidade. MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*

04. Sopesando-se as vantagens e desvantagens do princípio do duplo grau de jurisdição, em que pese o mencionado princípio proporcionar teoricamente maior debate da causa, hodiernamente, prevalecem as suas desvantagens, sendo possível a sua mitigação.

05. Por fim, decorrente da distinção de entre gravames subjetivo e objetivo delinea-se que a apelação seja utilizada apenas como forma de afastar gravames objetivos e situações de interesses públicos previstas em lei, limitando-se e mitigando-se o princípio do duplo grau de jurisdição, imprimindo-se celeridade ao processo e afastando a injustiça pela demora na decisão.

1.12. Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ARRUDA, Samuel Miranda. **O direito fundamental à razoável duração do processo**. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

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.

BEN-HUR, Silveira Claus [et al.]. *A Sentença razoável deve ser confirmada*. In: BEN-HUR, Silveira Claus [et al.]. **A função revisora dos Tribunais: a questão do método no julgamento dos recursos de natureza ordinária**. Porto Alegre: HS, 2009.

CAPPELLETTI, Mauro. **Processo, ideologia e sociedade**. Vol. I. tradução e notas do Prof. Elcio de Cresci Sobrinho. – Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed, 2008.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 22 ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

DALLARI, Dalmo de Abre. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996.

DIDIER JR, Fredie e CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil: Meios de impugnação às decisões e processo nos tribunais**. Vol 3. Salvador: JusPODIVM, 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 13ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

_____. **Nova Era do Processo Civil**. 1ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

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

KELSEN, Hans. **Teoria geral do Direito e do Estado**. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. **A razoável duração do processo**. Editora Juspodvm: Salvador, 2009.

_____. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LASPRO, Oreste Nestor de Souza. **Duplo Grau de Jurisdição no Direito Processual Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

LIMA, Alcides de Mendonça. **Introdução aos Recursos Cíveis**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

LIMA, Carolina Alves de Souza. **O princípio constitucional do duplo grau de jurisdição**. São Paulo: Manole, 2004.

MARCATO, Ana Cândida Menezes. **O princípio do duplo grau de jurisdição e a reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Atlas, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da Tutela**. 10 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

_____. Garantia da Tempestividade da Tutela Jurisdicional e Duplo Grau de Jurisdição. In TUCCI, José R. C (coord.). **Garantias Constitucionais do Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Vol. V. 11ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. O Futuro da Justiça: Alguns Mitos. In **Temas de Direito Processual, oitava série**. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Temas de Direito Processual Civil**. Oitava Série. São Paulo: Saraiva, 2004.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Teoria geral dos recursos**. 5 ed. atual. ampl. e reformulada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Teoria geral dos recursos**. 6 ed. atual. ampl. e reformulada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Editora acadêmica, 1994.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do Formalismo no processo civil**. Proposta de um formalismo-valorativo. 3ª Ed. rev., atual, e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: Fedie Didier Jr. (Org.). **Leituras complementares de processo civil**. 5ª ed. rev. e ampl. Salvador: Juspodium, 2007, p. 351-372.

PASSO, J. J. Calmon. **Instrumentalidade do Processo e Devido Processo Legal**. Revista de Processo, n. 102, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **O devido processo legal e o duplo grau de jurisdição**. In *Revereor. Estudos jurídicos em homenagem à Faculdade de Direito da Bahia. 1891 – 1981*. Saraiva, 1981.

PEREIRA, Joana Carolina Lins. **Recursos de Apelação: Amplitude do Efeito Devolutivo**. Curitiba: Juruá Editora, 2006.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27 ed. 4º tir. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Tradução Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003.

SÁ, Djanira Maria Radamés de. **Duplo grau de jurisdição: Conteúdo e Alcance Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1999.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Crítica da razão indolente: contra o desperdício de experiência**. São Paulo: Cortez, 2001, V.01.

SILVA, Ovídio Baptista A. da. **Justiça da lei e justiça do caso**. Disponível em: <<http://www.baptistadasilva.com.br/artigos.htm>> acesso em 9 dezembro 2009 às 18:45 h.

_____. **Processo e Ideologia**. 2ª ed Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2006.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Curso de Introdução ao Estudo do Direito**. Salvador: Juspodivm, 2009.

SOUZA, Wilson Alves. **Acesso à justiça e responsabilidade civil do estado por sua denegação: estudo comparativo entre o direito brasileiro e o direito português**. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. Rio de Janeiro, Forense, 2007.

TICIANELLI, Maria Fernanda Rossi. **Princípio do duplo grau de jurisdição**. Curitiba: Juruá, 2005.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **A Causa Petendi no processo civil**. 2º Ed. atual. rev. e ampl. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2001.

_____. Garantia do processo sem dilações indevidas. In TUCCI, José R. C (coord.). **Garantias Constitucionais do Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL FUNDADA EM TRATADOS INTERNACIONAIS

JURISDICTION OF FEDERAL COURTS BASED ON TREATIES

Odilon Romano Neto

*Mestrando em Direito Processual na
Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Juiz Federal
Substituto em Volta Redonda/RJ*

Resumo: Este trabalho tem por objetivo estabelecer um critério de interpretação e aplicação da regra de competência contida no artigo 109, III, da Constituição Federal de 1988, segundo a qual é competente a Justiça Federal para processar e julgar causas fundadas em tratado ou contrato celebrado pela União, adotando como referencial a distinção firmada no Direito Internacional Público entre tratado-lei e tratado-contrato. Para tanto, o trabalho analisa a doutrina constitucional e processual relativa à regra de competência, bem como expõe e analisa julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça nos quais houve discussão acerca da aplicabilidade da regra de competência.

Palavras-Chave: Processo Civil; Justiça Federal; Competência; Tratado-lei; Tratado-contrato.

Abstract: This paper aims to establish a criterion of interpretation and application of the jurisdiction rule contained in article 109, III, of the Brazilian Federal Constitution of

1988, according to which the Federal Courts have jurisdiction to prosecute and adjudicate cases based on a treaty or agreement concluded by the Union, adopting as a reference the distinction established in the Public International Law between treaty-law and treaty-contract. For that, this paper analyses process and constitutional studies concerning the jurisdiction rule, as well as presents and analyses decisions from the Supremo Tribunal Federal and the Superior Tribunal de Justiça in which the applicability of the jurisdiction rule was discussed.

Key Words: Civil Process; Federal Courts; Jurisdiction; Treaty-law; Treaty-contract.

Sumário: 1. *Introdução* – 2. *Evolução histórica da regra de competência* – 3. *A distinção entre tratado-lei e tratado-contrato* – 4. *A regra de competência na doutrina constitucional* – 5. *A regra de competência na doutrina processual* – 6. *A regra de competência na jurisprudência* – 7. *A distinção tratado-lei e tratado-contrato como critério* – 8. *Conclusão* – 9. *Bibliografia*.

INTRODUÇÃO

A disciplina geral do Poder Judiciário brasileiro, Poder autônomo da República Federativa do Brasil¹ e que convive de forma harmoniosa com os demais Poderes², tem sede na Constituição Federal, em especial no Título IV (que trata da organização dos Poderes), em seu Capítulo terceiro, especificamente voltado à organização do Poder Judiciário (arts. 92 a 126).

¹ . DINAMARCO (2005) - p. 376.

² . “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (art. 2º da Constituição Federal brasileira de 1988).

A estrutura organizacional do Poder Judiciário brasileiro é bastante complexa, integrando-a uma ampla gama de órgãos jurisdicionais³ que se articulam em um sistema de Justiças (conjunto de órgãos aos quais a Constituição atribuiu genericamente o mesmo rol de competências) que se organizam em instâncias (ou graus de jurisdição), sob a égide e condução geral de um tribunal de superposição, o Supremo Tribunal Federal⁴.

Dessarte, numa visão extremamente simplificadora, pode-se dizer que a Constituição Federal prevê a existência, no âmbito da União⁵, de Justiças especializadas, quais sejam, a Justiça Eleitoral, a Justiça do Trabalho e a Justiça Militar, além de uma Justiça Federal comum, ao lado das quais coexistem, no âmbito de cada Estado da Federação, Justiças Estaduais comum e, eventualmente, também Militar⁶.

Cada uma dessas macroestruturas ou Justiças é integrada por órgãos de primeiro grau jurisdição (juízos estaduais, federais, eleitorais, do trabalho ou militares), por órgãos de segundo grau de jurisdição (Tribunais de Justiça, Tribunais Regionais Federais, Tribunais Regionais Eleitorais, Tribunais Regionais do Trabalho e Tribunais Militares), além de Tribunais Superiores com eles diretamente articulados (Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Superior Eleitoral, Tribunal Superior do Trabalho e Superior Tribunal Militar). Todas essas Justiças, por sua vez, vinculam-se ao tribunal de superposição máximo e guardião da Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal.

³ . Diferentemente do que se passa em diversos países europeus, com destaque para a França, no Brasil não há a dualidade entre contencioso administrativo e contencioso judicial, de modo que todos os juízes integram uma única carreira, a Magistratura e todos os juízos integram a estrutura do Poder Judiciário, caracterizando-se como órgãos jurisdicionais (*idem*, p. 378). Não obstante, é de se destacar que há na estrutura do Poder Judiciário brasileiro alguns órgãos de caráter nitidamente administrativo e que não exercem função jurisdicional, dentre os quais se destaca o Conselho Nacional de Justiça, criado pela Emenda Constitucional nº 45/04.

⁴ . Afastando-nos de parcela da doutrina nacional (em especial, DINAMARCO – *op. cit.* – p. 379), preferimos não incluir o Superior Tribunal de Justiça como tribunal de superposição geral, atribuindo tal qualificação unicamente ao Supremo Tribunal Federal, na medida em que a corte de uniformização infraconstitucional se articula unicamente com as Justiças comuns estadual e federal, sem ligação com as Justiças do Trabalho, Eleitoral ou Militar (art. 105, incisos II e III, da CF/88).

⁵ . Pode-se incluir, também no rol das Justiças da União, a Justiça local do Distrito Federal e Territórios, prevista no art. 22, XVII, da Constituição Federal de 1988.

⁶ . Esta voltada ao julgamento de policiais e bombeiros militares, em conformidade com o que dispõe a Constituição Federal, no art. 125, §§3º e 4º.

Dentre as Justiças da União, destaca-se para o objeto do presente trabalho a Justiça Federal, cuja estrutura e competência são disciplinadas nos arts. 106 a 110 da Constituição Federal.

A Justiça Federal comum é integrada pelos Juízes Federais⁷, em primeiro grau de jurisdição, e pelos Tribunais Regionais Federais, em segundo grau. A competência originária e recursal dos Tribunais Regionais Federais vem estabelecida no art. 108 da Constituição Federal de 1988, ao passo que a competência dos juízes federais vem disciplinada no art. 109 do texto constitucional.

A competência da Justiça Federal de primeiro grau encontra no art. 109, I, da Constituição Federal sua regra geral de definição: os juízes federais são competentes para processar e julgar causas em que a União, entidade autárquica⁸ ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, salvo exceções dispostas na própria Constituição.

Em outras palavras, o critério central de determinação da competência da Justiça Federal é a *condição das pessoas*⁹, ou mais especificamente a qualidade de um dos atores processuais (União, autarquias e empresas públicas federais). É um critério de determinação de competência *ratione personae*.

Não obstante, ao lado dessa regra geral de competência, outras são encontráveis no texto constitucional e que determinam a competência da Justiça Federal independentemente da presença, como parte ou interveniente na relação processual, de algum ente estatal federal.

⁷ . De maneira mais técnica, poderíamos falar em juízos federais de primeiro grau de jurisdição. Em primeiro grau de jurisdição, os juízos federais são monocráticos, ordinariamente denominados Varas Federais; não obstante, ao lado dessa estrutura descrita no art. 106 da Constituição Federal, também há que se destacar a existência, no âmbito da Justiça Federal comum, do microsistema dos Juizados Especiais Federais, integrado pelos Juizados (primeiro grau), pelas Turmas Recursais (segundo grau) e pela Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência (órgão de superposição dos juizados especiais federais, com função uniformizadora), além de Turmas Regionais de Uniformização que eventualmente venham a ser criadas.

⁸ . A jurisprudência, tanto do Supremo Tribunal Federal, quanto do Superior Tribunal de Justiça, tem equiparado as fundações públicas federais às autarquias federais, para fins de fixação da competência da Justiça Federal.

⁹ . DINAMARCO (2005) – p. 492.

Destaca-se, dentre essas regras, aquela prevista no inciso III do art. 109 da Constituição Federal de 1988 (*Aos juízes federais compete processar e julgar as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional*), caracterizável como um *critério material* de determinação de competência.

A doutrina nacional pouco se dedicou a essa regra de competência, o que torna necessário sua análise aprofundada sob o ponto de vista acadêmico, com o fim de estabelecer sua compreensão e orientar sua aplicação pelos operadores do direito, sobretudo pelos juízes federais e estaduais que se deparam no cotidiano forense com ações cujo pedido ou causa de pedir encontre suporte em tratado ou contrato celebrado pela União.

De outra parte, também a jurisprudência tem dedicado pouca atenção ao tema, além de verificar-se na maior parte dos julgados encontrados a ausência de um critério uniforme e seguro de aplicação da regra de competência.

O objetivo do presente trabalho, portanto, é desenvolver uma análise da regra de competência insculpida no art. 109, III, da Constituição Federal de 1988, contribuindo para sua compreensão e aplicação.

EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA REGRA DE COMPETÊNCIA

A Justiça Federal no Brasil foi criada após a proclamação da República, por meio do Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890¹⁰, sendo posteriormente incorporada à Carta Constitucional de 1891, que dela tratou em seus arts. 55, 57, 58 e 60.

A estrutura imperial, por não ostentar forma federativa, mas unitária¹¹, por evidente não comportava a existência de uma Justiça Federal, razão pela qual a Constituição

¹⁰. PONCIANO (2009) – p. 63.

¹¹. Constituição Imperial de 1824: “Art. 1º. O IMPÉRIO do Brazil é a associação Política de todos os Cidadãos Brasileiros. Elles formam uma Nação livre, e independente, que não admite com qualquer outra laço algum de união, ou federação, que se opponha à sua independência.”; “Art. 2º. O seu território é dividido em Províncias na fórmula em que actualmente se acha, as quaes poderão ser subdivididas, como pedir o bem do Estado.”

Imperial de 1824 era absolutamente omissa sobre esse ponto e, ainda, acerca da regra de competência de que ora tratamos.

A regra de competência da Justiça Federal para apreciar causas fundadas em contrato ou tratado internacional celebrado pela União surge entre nós, portanto, no próprio Decreto nº 848/1890, consoante disposto em seu art. 15, alínea “f”, *verbis*:

Art. 15. Compete aos juízes de secção processar e julgar:

(...)

f) as acções movidas por estrangeiros e que se fundem quer em contractos com o Governo da União, quer em convenções ou tratados da União com outras nações;

Essa regra foi posteriormente incorporada pela Constituição Republicana de 1891, que a reproduziu praticamente sem alterações em seu art. 60, alínea “f”. A única modificação no texto disse respeito à denominação do órgão judicial, eis que a Constituição não se referia, como no Decreto 848/1890, a *juizes de secção*¹², mas a *juizes ou tribunais federais*. A regra de competência, em si, foi reproduzida com idêntico conteúdo.

Posteriormente, a Consolidação das Leis referentes à Justiça Federal, aprovada pelo Decreto 3.084, de 05 de novembro de 1898, reproduziu, em seu art. 57, alínea “f”, a competência dos juízes seccionais para processar e julgar “*as acções movidas por estrangeiros e fundadas, quer em contractos com o Governo da União, quer em convenções ou tratados da União com outras nações*”.

A Carta Constitucional de 1934, por sua vez, manteve, em seu art. 81, alínea “f”, a competência da Justiça Federal de primeiro grau, sendo de se destacar, no entanto, que diferentemente do texto constitucional e respectiva legislação infraconstitucional precedentes, não mais previu a exigência de que a ação fosse proposta por um estrangeiro:

Art. 81. Aos Juízes Federais compete processar e julgar, em primeira instância:

¹² . No período de vigência da Constituição Federal de 1891, os juízes federais eram conhecidos como *juizes seccionais* (FERREIRA (1998) – p. 431).

(...)

f) as causas movidas com fundamento em contrato ou tratado do Brasil com outras nações;

A Justiça Federal veio a ser extinta em razão do Estado Novo de Getúlio Vargas¹³, na medida em que a Constituição Federal de 1937 não mais a incluiu na estrutura do Poder Judiciário¹⁴, podendo-se afirmar, de forma geral, que a competência antes exercida pelos juízes federais de primeiro grau passou a ser exercida pelos juízes estaduais das capitais dos Estados, com recurso diretamente para o Supremo Tribunal Federal (arts. 108 e 109 da CF/1937).

Dessa forma, nenhuma menção é feita, no texto constitucional de 1937, à regra de competência fundada em tratado ou contrato celebrado pela União.

A Constituição Federal de 1946 reintroduziu a Justiça Federal, mas apenas no que se refere à criação de um tribunal de segundo grau, o Tribunal Federal de Recursos^{15 16}, permanecendo atribuída aos juízes estaduais a jurisdição de primeiro grau¹⁷. Dessarte, também essa Carta Constitucional foi omissa no tratamento do tema.

O restabelecimento pleno da Justiça Federal se deu no ano de 1965, com o Ato Institucional nº 2¹⁸, editando-se na sequência a Lei 5.010/66, que tratou da estrutura, organização e competência da Justiça Federal¹⁹.

O Ato Institucional nº 02/65, mediante alterações na Constituição Federal de 1946, restabeleceu a Justiça Federal de primeiro grau, delimitando sua competência e, no tocante

¹³. PONCIANO (2009) – p. 63.

¹⁴. Constituição Federal de 1937: “Art. 90. São órgãos do Poder Judiciário: a) o Supremo Tribunal Federal; b) os Juízes e Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios; c) os Juízes e Tribunais militares.”

¹⁵. Art. 94, II, da CF/1946.

¹⁶ É de se ressaltar, no entanto, que a Lei nº 33, de 13 de maio de 1947, previu em seu artigo 5º, que dos nove membros do Tribunal Federal de Recursos, até três serão escolhidos dentre os “*antigos Juízes regionais ou substitutos da extinta Justiça Federal*”.

¹⁷. CAVALCANTI (1956) - p. 292.

¹⁸. O Ato Institucional nº 2, de 1965, manteve expressamente a Constituição Federal de 1946 e as Constituições Estaduais, bem como as respectivas emendas, nelas introduzindo alterações. Para o que interessa ao objeto do presente estudo, houve a restauração da Justiça Federal de 1º Grau, bem como a definição de sua competência, mediante alterações na redação dos arts. 94 e 105 da Carta de 1946.

¹⁹. *Idem, ibidem*.

aos tratados e contratos celebrados pela União, dispôs serem os juízes federais competentes para processar e julgar “*as causas fundadas em tratado ou em contrato da União com Estado estrangeiro ou com organismo internacional*”.

De se observar que o Ato Institucional nº 02/65 foi o primeiro ato normativo que, ao tratar da regra de competência, fez referência a organismos internacionais. Ademais, a redação nele estabelecida revelou-se até o momento definitiva, na medida em que atos normativos posteriores, inclusive a própria Constituição Federal de 1988, apenas o reproduziram.

Com efeito, exatamente com a mesma redação se encontra a regra na Lei 5.010/66 (art. 10, III), na Constituição Federal de 1967 (art. 119, III), na Emenda Constitucional nº 01/1969 (art. 125, III) e na Constituição Federal de 1988 (art. 109, III).

Como se pode observar, a competência da Justiça Federal de primeiro grau para processar e julgar causas fundadas em tratados ou contratos celebrados pela União com Estados estrangeiros ou com organismos internacionais está presente em nosso ordenamento, sem grandes modificações, desde a criação da Justiça Federal, no ano de 1890, até a atual Constituição, registrando-se a ausência de regramento da matéria apenas nas Constituições Federais de 1937 e de 1946 (esta na redação anterior ao Ato Institucional nº 02/1965).

No tocante à evolução do texto ao longo dos anos, verifica-se que a limitação originalmente existente, no sentido de que deveria figurar como autor um estrangeiro, foi suprimida a partir da Constituição Federal de 1934 e, ainda, que a menção a tratados ou contratos celebrados com organismos internacionais passou a figurar a partir da modificação feita à Constituição Federal de 1946 pelo Ato Institucional nº 02/1965.

A DISTINÇÃO ENTRE TRATADO-LEI E TRATADO-CONTRATO

O texto constitucional faz referência a *tratados ou contratos* celebrados pela União com Estado estrangeiro ou organismo internacional, de forma que sua adequada interpretação pressupõe necessariamente a definição de tratado e de contrato internacional.

Consoante dispõe o art. 1º da Convenção de Viena de 1969 sobre Direito dos Tratados, tratado “*significa um acordo internacional celebrado entre Estados em forma escrita e regido pelo direito internacional, que conste, ou de um instrumento único ou de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica*”.

Conceito similar é adotado no art. 2º da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais, celebrada no ano de 1986, segundo o qual tratado é o acordo internacional “*regido pelo Direito Internacional e celebrado por escrito: i) entre um ou mais Estados e uma ou mais organizações internacionais; ou ii) entre organizações internacionais, quer este acordo conste de um único instrumento ou de dois ou mais instrumentos conexos e qualquer que seja sua denominação específica*”.

É importante atentar para a parte final dos conceitos estabelecidos nas normas convencionais, segundo as quais um acordo internacional celebrado entre Estados ou organizações internacionais que adote a forma escrita e seja regulado pelo direito internacional é um tratado, “*qualquer que seja sua denominação específica*”.

São, portanto, tratados internacionais quaisquer acordos formais concluídos entre pessoas jurídicas de direito internacional público, independentemente da denominação que a eles haja sido atribuída, consoante bem acentua Francisco Rezek²⁰:

A análise da experiência convencional brasileira ilustra, quase que à exaustão, as variantes terminológicas de *tratado* concebíveis em português: *acordo, ajuste, arranjo, ata, ato, carta, código, compromisso, constituição, contrato, convenção, convênio, declaração,*

²⁰. REZEK (2007) – p.16.

estatuto, memorando, pacto, protocolo e regulamento. Esses termos são de uso livre e aleatório, não obstante certas preferências denunciadas pela análise estatística.

Dessarte, uma primeira observação deve ser feita com relação ao disposto no texto constitucional: o art. 109, III, da Constituição Federal de 1988, ao se referir a *tratado ou contrato internacional* celebrado entre a União e Estado estrangeiro ou organização internacional, está se referindo a uma única realidade jurídica, qual seja, o tratado internacional, acordo formal celebrado entre a República Federativa do Brasil e algum Estado estrangeiro ou organização internacional²¹.

Embora o conteúdo dos tratados seja praticamente infinito, a ponto de renomados juristas afirmarem que “*os tratados só podem ser definidos pelo seu aspecto formal*”²², pensamos que assiste razão à Professora Carmen Tibúrcio²³, ao afirmar que a tradicional distinção feita em doutrina, sob o aspecto material dos tratados, entre tratado-lei e tratado-contrato, pode ser útil à interpretação da regra de competência estabelecida na Constituição Federal.

Essa distinção, segundo Celso Duvivier de Albuquerque Mello, baseia-se no conteúdo do tratado; é, portanto, um critério material de classificação²⁴.

Segundo a construção doutrinária, tratados-leis seriam aqueles cuja finalidade é a criação de normas jurídicas que os Estados aceitam pela via convencional como normas de conduta, os quais “*seriam fonte do direito internacional público e nos quais se manifestaria a vontade coletiva de conteúdo idêntico*”, estabelecendo “*uma situação jurídica impessoal e objetiva*”²⁵, servindo, portanto, à “*codificação do direito internacional público*”²⁶.

²¹ . Nesse sentido é o entendimento de Aluísio Gonçalves de Castro Mendes: “*Portanto, ao utilizar-se da expressão ‘tratado’, despiciendas são as palavras ‘contrato’, ‘União’, ‘Estado estrangeiro’ e ‘organismo internacional’, pois a primeira seria espécie do gênero e as demais indicariam os únicos atores possíveis na cena convencional, lendo-se República Federativa do Brasil em vez de União*” (MENDES (2006) – p. 104).

²² . MELLO (2004) – p. 212.

²³ . TIBÚRCIO, Carmen – Aula proferida no dia 20/10/2009, na disciplina *Processo Civil Internacional*, integrante do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

²⁴ . *Op. cit.*, p. 219.

²⁵ . *Idem, ibidem*.

²⁶ . *Op. cit.* – p. 220.

De outra parte, os tratados-contratos seriam aqueles que não têm por fim estabelecer normas de conduta, mas finalidades outras (acordos de comércio, de aliança, de cessão territorial²⁷), de cunho variado, voltadas à criação de “*situações jurídicas subjetivas*”²⁸.

Assim, se de um lado os tratados-leis buscam definir regras de conduta, sendo dotados de um cunho normativo geral, de outro os tratados-contratos têm finalidade de outra natureza, estabelecendo em geral algum tipo de cooperação (comercial, jurídica, dentre outras).

Tal distinção, segundo nos relata também Celso D. de Albuquerque Mello²⁹, é bastante criticada na doutrina de direito internacional público (Scelle, Kelsen, Quadri, Sereni, Morelli), que propõe seja abandonada, por desprovida de valor jurídico e rigor científico, o que dificultaria sua aplicação, encontrando-se em doutrina diferentes autores que classificam um mesmo tratado ora como tratado-lei, ora como tratado-contrato.

Também Francisco Rezek aponta que a classificação “*vem padecendo de uma incessante perda de prestígio*”³⁰.

Não obstante, segundo o Celso D. de Albuquerque Mello, a distinção não seria de todo desprovida de valor³¹:

Entretanto, podemos salientar que na prática realmente existem certos tratados (os denominados tratados-leis) que possuem certas características próprias: normas objetivas, aberto, impessoal e unidade de instrumento. A distinção entre tratado-lei e tratado-contrato apresenta valor no tocante à aplicação das regras de interpretação, isto é, nos tratados-contratos recorre-se mais às negociações anteriores à conclusão dos tratados.

Além desse valor hermenêutico no campo do direito internacional público, e reportando-nos novamente às observações tecidas pela Professora Carmen Tibúrcio, pensamos que a distinção também é útil à interpretação e aplicação da regra de competência estabelecida no art. 109, III, da Constituição Federal de 1988, e nos textos constitucionais e

²⁷. REZEK (2007) – p. 28.

²⁸. MELLO - *op. cit.* – p. 219.

²⁹. *Idem* – p. 220.

³⁰. *Idem* – p. 28.

³¹. *Idem, ibidem.*

legais precedentes, tanto que já serviu de fundamento em julgado do Supremo Tribunal Federal que será oportunamente objeto de análise.

A REGRA DE COMPETÊNCIA NA DOCTRINA CONSTITUCIONAL

A maioria dos autores que teceram comentários às diferentes Constituições republicanas brasileiras não dedicou maior atenção à regra segundo a qual a Justiça Federal de primeiro grau é competente para processar e julgar causas fundadas em tratado ou contrato celebrado pela União com estado estrangeiro ou organismo internacional, limitando-se a enumerar a hipótese, dentre tantas outras em que se afigura presente a competência da Justiça Federal³².

Sob a égide da Constituição Federal de 1891, Pedro Lessa, em seu clássico trabalho *Do Poder Judiciário*³³, defendeu que a referência ao estrangeiro existente no art. 60, “f” da primeira Constituição republicana tinha por finalidade “*declarar formalmente a competência da justiça federal brasileira para decidir as causas propostas por estrangeiros contra a União*”.

A finalidade da regra seria a de fortalecer o Estado brasileiro diante de credores internacionais, mostrando-lhes claramente que, se necessário, poderiam ajuizar ações perante a Justiça Federal, para a cobrança daquilo que lhes fosse devido.

Seria, portanto, indiferente a natureza ou espécie do tratado, bastando para a fixação da competência da Justiça Federal que figurasse no pólo ativo um estrangeiro e que seu pedido tivesse por causa de pedir um tratado ou contrato internacional³⁴:

Pouco importa a natureza, ou a especie do tratado, ou convenção. Diante dos termos amplos da Constituição, à justiça federal não é lícito restringir a sua competencia a certas

³² . Assim, a título exemplificativo, limitaram-se a enumerar a hipótese como de competência da Justiça Federal: CENEVIVA (2003) – p. 281; FERREIRA (1998) – p. 431; FERREIRA FILHO (1995) – p. 220; KIMURA (2001) – p. 289; MORAES (2009) – pp. 573/574; SILVA (1998) – p. 563; ZIMMERMANN (2006) – p. 559.

³³ . LESSA (2003) – p. 217 e ss.

³⁴ . *Idem*, p. 220.

especies de tratados, ou convenções. Em quaesquer ajustes internacionaes é sempre possivel incluir clausulas, ou estipulações, de que se originem interesses individuae, que, protegidos assim por actos que têm força legal, são direitos subjectivos, garantidos pelo preceito constitucional que óra analysamos, *preceito que expressamente obriga a nação brasileira a responder como ré perante a sua justiça, a justiça da União, sempre que fôr citada por um estrangeiro para as ações que menciona esta parte do artigo 60.*

Assim, é de se ver que a posição do autor, com relação à regra de competência em questão, exige estejam presentes no processo, no pólo ativo, um estrangeiro e, no pólo passivo, a União, demandada ao cumprimento da obrigação por ela assumida em tratado ou contrato internacional.

Quanto a esse posicionamento, há que se indagar acerca da razoabilidade da adoção da restritiva exigência de que figure necessariamente no pólo passivo a União, na medida em que a Constituição Federal de 1891 já previa a competência da Justiça Federal para processar e julgar “*todas as causas propostas contra o Governo da União ou Fazenda Nacional, fundadas em disposições da Constituição, leis e regulamentos do Poder Executivo, ou em contratos celebrados com o mesmo Governo*” (art. 60, b), o que em princípio tornaria, adotada tal interpretação, em grande parte supérflua a regra da alínea “f”.

Em linha semelhante seguiu o jurista e Ministro do Supremo Tribunal Federal Carlos Maximiliano Pereira dos Santos em seus *Comentários à Constituição Brasileira de 1891*³⁵, nos quais explicitou que teria buscado o constituinte, de um lado, deixar claro que era assegurado o direito de ação ao estrangeiro que contratasse com o Governo Brasileiro e, de outro, resguardar o Brasil no plano internacional, na medida em que “*a denegação de justiça ou uma sentença clamorosamente iníqua perturbam as relações internacionaes a cargo do Governo Federal. Também é elle o responsavel pelo que tratou. Logicamente, à magistratura nacional impende resolver os litígios que interessam à tranquillidade e à honra do Brasil*”.

Na medida em que a presença de um estrangeiro como autor da ação deixou, desde a Constituição de 1934, de ser condição para a fixação da competência da Justiça Federal,

³⁵. SANTOS (2005) – p. 629/630.

resta atual o comentário do autor, no sentido de que a justificativa da regra seria resguardar o Estado brasileiro no plano internacional, atribuindo-se a uma Justiça da União o julgamento das causas que tivessem por fundamento tratado ou contrato internacional a que se obrigou o Brasil a cumprir.

Em comentário à Constituição Federal brasileira de 1967, o professor português Marcelo Caetano³⁶ afirmou que a competência resultante de tratados, convenções ou contratos internacionais se verifica quando “*envolvam interesses superiores da Nação (como os crimes políticos ou contra a organização do trabalho ou decorrentes de greve)*”.

O critério do *interesse superior da nação*, apesar de seu elevado grau de indeterminação e conseqüente diminuta operacionalidade, teve alguma repercussão na jurisprudência nacional acerca do tema, como se verifica no Conflito de Jurisdição nº 6.528/RJ, julgado pelo STF e objeto de comentário no capítulo dedicado à jurisprudência.

Pontes de Miranda, também comentando a Constituição Federal de 1967³⁷, limitou-se a afirmar que “*quaisquer causas oriundas dos negócios jurídicos de que sejam outorgantes ou outorgados organismos interestatais ou supra-estatais e o Brasil são da competência dos juízes federais, se autor, réu, assistente ou opoente não é a União ou algum Estado-membro, o Distrito Federal ou Município*”.

Pontes de Miranda, diferentemente de Pedro Lessa e Carlos Maximiliano, não exigia figurasse a União na relação processual, mas, ao contrário, entendia que a regra de competência do art. 125, III, da Constituição Federal de 1967 (redação da E.C nº 01/1969) se justificava pela sua ausência, eis que, presente a União na relação processual, justificada estaria a competência da Justiça Federal com base no inciso I do art. 125³⁸.

³⁶. CAETANO (1987) – p. 431.

³⁷. PONTES DE MIRANDA (1974) – pp. 215/216.

³⁸. “Art. 125. Aos juízes federais compete processar e julgar, em primeira instância: I – as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou opoentes, exceto as de falência e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Militar”.

A REGRA DE COMPETÊNCIA NA DOUTRINA PROCESSUAL

Como referido, a doutrina processual pouca atenção tem dedicado à interpretação da regra de competência de que tratamos e não tem se preocupado em estabelecer um critério suficientemente seguro para sua aplicação.

Na seara processual, o tema é objeto de estudo principalmente em monografias que tratam da organização e competência da Justiça Federal, todas da lavra de juízes federais que se dedicaram ao estudo acadêmico de ampla gama de questões relacionadas a este ramo da Justiça.

A juíza federal Vera Lúcia Feil Ponciano, em sua excelente obra sobre a organização e competência da Justiça Federal³⁹, defende, com base em voto do Ministro Sydney Sanches no Conflito de Jurisdição nº 6.528/RJ, que o dispositivo constitucional “*deve ser interpretado de forma restrita, de modo a ser aplicado tão-somente nas questões internacionais de maior expressão, relativas, por exemplo, à própria soberania*”.

No entanto, não chega a autora – assim como não o fez o Ministro em seu voto - a desenvolver um critério que permita identificar quais seriam essas questões internacionais de maior expressão, reportando-se aos fundamentos lançados pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de que, para fixação da competência da Justiça Federal, seria necessário que a ação versasse especificamente sobre algum dispositivo do tratado ou contrato internacional.

Na mesma linha restritiva segue o juiz federal Vladimir Souza Carvalho⁴⁰, para quem “*todo cuidado é pouco para se evitar uma interpretação extensivamente ampla do termo tratado*”, ressaltando que uma interpretação pouco cuidadosa poderia inclusive justificar a competência da Justiça Federal para toda e qualquer ação cambial, na medida em que o Brasil é signatário da Convenção de Genebra, relativa à Lei Uniforme sobre Letra de Câmbio e Nota Promissória, o que não se afiguraria compatível com o perfil da Justiça Federal.

³⁹. *Op. cit.*, pp. 74/75.

⁴⁰. CARVALHO (2008) – p. 169.

A *ratio* da regra de competência, segundo o autor, é a preservação do Estado Brasileiro no plano internacional, de forma que a competência da Justiça Federal está presente em razão de seu interesse político na observância do tratado ou contrato⁴¹:

Lógico que a ação tramite na Justiça Federal. A União reserva a esta o poder de conhecer tais demandas, porque é da exclusiva atribuição da União manter relações com Estados estrangeiros, nos termos do art. 21, I, da Constituição Federal atual. A preocupação é eminentemente internacional, dentro da política de boas relações que deve manter com a comunidade mundial, dando à sua própria justiça, a Justiça Federal, o processamento e julgamento de ações fundadas em contrato internacional celebrado ou abraçado pelo Brasil.

Já o juiz federal Antônio César Bochenek, em sua obra relativa à competência cível da Justiça Federal, após análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, conclui, no que parece ser um caminho útil para compreensão da regra, que serão da competência da Justiça Federal as causas “*que tenham por objeto essencial obrigações derivadas de disposições contidas no próprio tratado, ou seja, as causas que tenham o tratado ou contrato internacional como fundamento legal do pedido*”⁴².

O estudo mais amplo sobre o tema, no entanto, foi desenvolvido pelo juiz federal e professor da Universidade do Estado do Rio de Janeiro Aluísio Gonçalves de Castro Mendes⁴³.

Destaca o ilustre professor fluminense que o Decreto 848/1890 e a Constituição Republicana de 1891 estabeleciam regra de competência que mesclava um critério material (causa fundada em tratado ou contrato) e pessoal (ações propostas por estrangeiros), sendo certo que a partir da Constituição Federal de 1934, a limitação decorrente do critério pessoal foi suprimida⁴⁴, como já tivemos a oportunidade de abordar.

Posteriormente, busca o autor estabelecer o alcance da regra, confrontando-a com outros dispositivos constitucionais atributivos de competência jurisdicional, bem como a

⁴¹. *Op. cit.* – p. 171.

⁴². BOCHENEK (2004) – p. 128.

⁴³. MENDES (2006).

⁴⁴. *Op. cit.* – p. 102.

partir de subsídios colhidos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e da doutrina de direito internacional público⁴⁵:

O alcance da regra inserta no inciso III do art. 109 é muito restrito e de difícil compreensão, como decorrência da interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal ao dispositivo. Cabe lembrar que se a causa envolver a União de um lado e Estado estrangeiro ou organismo internacional de outro, a competência será da Suprema Corte, por força do art. 102, I, *e*. Da mesma forma, se o litígio envolve Município ou pessoa domiciliada ou residente no País num pólo e no contrário, Estado estrangeiro ou organismo internacional, a competência da Justiça Federal já estava assegurada com base no art. 109, II, da Lei Magna. Não se esquecendo, também, independentemente das duas hipóteses antes mencionadas, da abrangente regra disposta no inciso I. Restaram, ao que parece, apenas os conflitos fundados em tratados, envolvendo as pessoas nacionais e estrangeiras de direito privado, mas, neste caso, desde que a Justiça brasileira seja competente, concorrente ou exclusivamente, pela ordem, nos termos dos arts. 88 e 89 do Código de Processo Civil. (grifo nosso)

Dessarte, na conclusão do ilustre professor fluminense, a regra de competência inserta no art. 109. III, da Constituição Federal, pressupõe ação entre pessoas jurídicas de direito privado, nacionais e estrangeiras, fundadas em tratados internacionais.

O autor se aproxima, ainda, daquele que nos parece ser o critério mais útil à interpretação do dispositivo constitucional: invoca as lições de Francisco Rezek e Celso Duvivier de Albuquerque Mello a respeito da distinção entre tratados-leis e tratados-contratos, mas não chega a enunciar expressamente que tal distinção está na base da aplicação da regra de competência.

⁴⁵. *Op. cit.* – p. 104.

A REGRA DE COMPETÊNCIA NA JURISPRUDÊNCIA

A jurisprudência nacional em diferentes momentos enfrentou o tema, mas na maioria das vezes sem a definição expressa de um critério de aplicação da regra de competência de que tratamos, sendo de se destacar que, de modo geral, a interpretação do dispositivo constitucional tem sido bastante restritiva em nossos Tribunais Superiores.

As primeiras discussões trazidas ao Judiciário acerca da aplicação da regra de competência diziam respeito a ações executivas cambiais propostas após a incorporação ao direito interno nacional da Convenção de Genebra de 1930, por meio da qual adotamos a Lei Uniforme sobre Letra de Câmbio e Nota Promissória⁴⁶.

Com efeito, ao julgar o Conflito de Jurisdição 4663/SP⁴⁷, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a competência da Justiça Estadual para processar e julgar ações executivas cambiais, mesmo após a aprovação da Convenção de Genebra entre nós, acolhendo argumento lançado no voto do Ministro Relator Eloy da Rocha no sentido de que *“na ação executiva cambial não há questão fundada em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional, nem se descobre, nela, ainda imediatamente, interesse interestatal”*.

Entendeu o Supremo, portanto, pela inaplicabilidade da regra de competência prevista no art. 119, III, da Constituição Federal de 1967, afastando a competência da Justiça Federal para processamento das ações executivas cambiais.

Também de longa data se encontram no Judiciário julgados relativos à competência para processar e julgar ações indenizatórias propostas contra empresas de transporte aéreo internacional, com fundamento na Convenção de Varsóvia de 1929 e no Protocolo de Haia de 1955, que a emendou⁴⁸ (extravio de bagagem, por exemplo).

⁴⁶ . Aprovada pelo Decreto Legislativo 54, de 08/09/1964 e promulgada pelo Decreto 57.663, de 24 de janeiro de 1966.

⁴⁷ . STF – 3ª T. - Conflito de Jurisdição 4663/SP – Rel. Min. Eloy da Rocha – j. de 17/05/1968 – DJ de 13/02/1969. Também entendendo pela competência da Justiça Estadual nas ações executivas cambiais: STF – 1ª T. – Conflito de Jurisdição 4967/MG – Rel. Min. Aliomar Baleeiro – j. de 25/03/1969 – DJ de 27/06/1969.

⁴⁸ . Incorporados ao ordenamento jurídico nacional respectivamente pelos Decretos 20.704, de 24/11/1931, e 56.463, de 15 de junho de 1965.

Na seara relativa à responsabilidade civil do transportador aéreo, o Supremo Tribunal Federal entendeu inicialmente⁴⁹ que a competência para processar e julgar tais ações era da Justiça Federal, fundamentando tal entendimento nos incisos IX (“*questões de direito marítimo e navegação, inclusive aérea*”) e III (“*causa fundada em tratado ou contrato internacional*”) do art. 125 da Emenda Constitucional nº 01/69.

Entendia o Supremo Tribunal Federal, consoante se extrai do voto do Ministro Bilac Pinto, relator do Recurso Extraordinário 70.864/SP, que é competente a Justiça Federal, porque a questão inequivocamente se qualificava como de navegação aérea (inciso IX do art. 125) e, adicionalmente, porque o “*contrato firmado entre as partes para o transporte de mercadorias teve por base os atos internacionais citados [Convenção de Varsóvia e Protocolo de Haia]*” (inciso III do art. 125).

Em outras palavras, naquilo que é relevante para o nosso objeto de estudo, entendeu o Ministro que é competente a Justiça Federal quando o Tratado ou Contrato Internacional é a *fonte do direito* aplicável ao caso sob julgamento.

Tal orientação, no entanto, veio a mudar após a edição da Emenda Constitucional nº 07/1977, que retirou da Justiça Federal a competência para julgar “*questões de direito marítimo e navegação, inclusive aérea*”, reservando-lhe unicamente competência criminal (“*crimes cometidos a bordo de navios e aeronaves*”).

Com efeito, consoante nos dá notícia Vera Lúcia Fiel Ponciano⁵⁰, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Conflito de Jurisdição nº 6.528/RJ^{51 52}, reconheceu que, após a Emenda Constitucional nº 07/1977, a competência para processar e julgar ações indenizatórias propostas em questões relativas a transporte aéreo internacional passou a ser da Justiça Estadual, não se sustentando a competência da Justiça Federal unicamente com fundamento no art. 125, III, da Emenda Constitucional nº 01/1969, ao qual haveria de se dar interpretação restritiva.

⁴⁹. STF – 2ª Turma - RE 70.864/SP – Rel. Min. Bilac Pinto – RTJ 57/72.

⁵⁰. *Op. cit.* – pp. 74/75.

⁵¹. STF – Tribunal Pleno – CJ 6.528/RJ – Rel. Min. Sydney Sanches - DJ de 27/03/1987 – p. 5161.

⁵². Na mesma linha, destaca-se o Recurso Extraordinário nº 92.813/DF, julgado pela 2ª Turma do STF, da relatoria do Min. Décio Miranda e publicado no DJ de 22/08/1980, na página 6.154.

O Ministro Relator Sydney Sanches, em seu voto, consignou que “*apenas quando a relação jurídica versar propriamente algum dispositivo de tratado ou de contrato de União com estados estrangeiros ou organismo internacional, apenas nestes casos é que a competência se deslocará para a Justiça Federal*”.

Em síntese, na interpretação restritiva adotada pelo STF no julgado em questão, a competência da Justiça Federal apenas estaria presente quando em discussão o cumprimento de alguma cláusula ou norma do próprio tratado ou contrato internacional.

Não obstante, foi no julgamento do Conflito de Jurisdição 6.147⁵³, também relativo à questão do transporte aéreo internacional, que o Supremo Tribunal Federal, acolhendo o voto do Ministro Relator Xavier de Albuquerque, no sentido de fixar a competência da Justiça Estadual, estabeleceu um critério para distinguir quais, dentre as demandas fundadas em tratado, inserem-se na competência da Justiça Federal, servindo-se da oposição entre tratado-lei e tratado-contrato:

Na Constituição de 1946, em sua primitiva redação, norma semelhante atribuía à competência do Supremo Tribunal Federal o julgamento, em recurso ordinário, das causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro (art. 101, II, b). Resultou ela de emenda que o saudoso e insigne Hilton Campos justificou, na Constituinte, com a explicação de que a matéria ficava mais bem colocada na competência do Supremo Tribunal Federal, porque podia envolver questões da maior gravidade, que dissessem até respeito à soberania de países estrangeiros (José Duarte, A Constituição Brasileira de 1946, II/311).

Creio que será muito para, se acaso possível, hipótese de causa fundada em tratado-lei, que guarda semelhante conotação. E penso que a norma tem pertinência com o tratado-contrato, e aplicação quando este constituir a própria fonte do direito discutido na causa.” (grifos nossos)

⁵³. STF – Tribunal Pleno – Conflito de Jurisdição nº 6147 – Rel. Min. Xavier de Albuquerque – j. 29/03/1979 – DJ de 19/04/1979 – p. 3063.

Dessarte, nesse julgado, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a regra do art. 125, III, da EC nº 01/69 só seria aplicável se a demanda fosse fundada em um tratado-contrato, atribuindo-se à Justiça Estadual aquelas fundadas em tratado-lei.

Também seguiu uma linha restritiva a jurisprudência do Tribunal Federal de Recursos, o qual chegou a editar um enunciado de Súmula no sentido de que, após a Emenda Constitucional nº 07/1977, é da competência da Justiça Estadual o julgamento de ações indenizatórias relativas a transporte aéreo internacional, ainda que fundamentadas na Convenção de Varsóvia de 1929⁵⁴.

Já no sentido de se reconhecer a competência da Justiça Federal, são encontradas na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça decisões relativas a hipóteses de dano ambiental causado por vazamentos de óleo, quando a ação estiver fundamentada na Convenção Internacional sobre Responsabilidade Civil em Danos Causados por Poluição de Óleo, celebrada em Bruxelas no ano de 1969⁵⁵.

Em quatro conflitos positivos de competência (ED no CC 2374/SP⁵⁶, ED no CC 2473/SP⁵⁷, CC 10.445/SP⁵⁸ e CC 16.953/SP⁵⁹), o Superior Tribunal de Justiça entendeu pela competência da Justiça Federal, ao argumento de que, estando a causa fundada em convenção internacional, é competente a Justiça Federal, nos termos do art. 109, III, da Constituição Federal de 1988.

Em nenhum dos quatro julgados, porém, foi estabelecido um critério distintivo entre a situação neles analisada (em que se reconheceu a competência da Justiça Federal) e aquelas relativas às ações versando responsabilidade civil do transportador aéreo e

⁵⁴ . “Súmula 21. Após a Emenda Constitucional nº 7 de 1977, a competência para o processo e julgamento das ações de indenização, por danos ocorridos em mercadorias, no transporte aéreo, é da Justiça Comum Estadual, ainda quando se discuta a aplicação da Convenção de Varsóvia relativamente ao limite da responsabilidade do transportador” (aprovação em 29/11/1979 e publicação no Diário de Justiça de 20/08/1981).

⁵⁵ . Aprovada pelo Decreto Legislativo 74/76, promulgada pelo Decreto 79.437/77 e regulamentada pelo Decreto 83.540/79.

⁵⁶ . STJ – 1ª Seção – EDcl no CC 2374/SP – Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro – DJ de 10/05/1993 – p. 8584.

⁵⁷ . STJ – 1ª Seção – Edcl no CC 2473/SP – Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro – DJ de 10/05/1993 – p. 8584.

⁵⁸ . STJ – 1ª Seção – CC 10.445/SP – Rel. Min. Demócrito Reinaldo – DJ de 10/10/1994 – p. 27058.

⁵⁹ . STJ – 1ª Seção – CC 16.953/SP – Rel. Min. Ari Pargendler – DJ de 19/08/1996 – p. 28.417.

aplicação da Lei Uniforme, nas quais a jurisprudência nacional não reconheceu deter competência a Justiça Federal.

Também vem sendo de longa data reconhecida a competência da Justiça Federal, nas ações em que empresa estrangeira busca a proteção de nome comercial que goza de notoriedade internacional, independentemente de registro no Brasil, fundamentando a pretensão na Convenção da União de Paris (e posteriores revisões), celebrada em 1883 e promulgada entre nós pelo Decreto 9.233, de 28 de junho de 1884.

Conforme se extrai da obra de Vladimir Souza Carvalho⁶⁰, tal entendimento foi sedimentado ainda pelo Tribunal Federal de Recursos⁶¹.

Análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça acerca da matéria revela que esta Corte de Uniformização vem também reconhecendo a competência da Justiça Federal, embora sem abordar o tema explicitamente, mas apenas assumindo como válidos os julgados oriundos da primeira e segunda instâncias da Justiça Federal⁶², de modo que também não resta claro na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, se a competência da Justiça Federal na hipótese é reconhecida com fundamento no art. 109, III, da Constituição Federal ou, se, ao contrário, deve-se ao fato de no processo figurar como parte autônoma o Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI, autarquia federal (art. 109, I, CF/88).

Uma terceira hipótese em que vem sendo reconhecida a competência da Justiça Federal diz respeito às ações de alimentos propostas com fundamento na Convenção sobre a Prestação de Alimentos no Estrangeiro⁶³ celebrada em Nova Iorque no ano de 1956 e da qual o Brasil é signatário.

⁶⁰. *Op. cit.* – p. 170.

⁶¹. TFR – CNJ 1587/MG – Rel. Min. Moacir Catunda – DJU 26/06/1974 – p. 4479 *apud* CARVALHO – *op. cit.* – p. 170.

⁶². STJ – 4ª T. – REsp 555.086/RJ – Rel. Min. Jorge Scartezzini – DJ de 28/02/05 – p. 327; STJ – 3ª T. – MC 5714/RJ – Rel. para acórdão Min. Antônio de Pádua Ribeiro – DJ de 02/06/03 – p. 294; STJ – 3ª T. – REsp 246652/RJ – Rel. Min. Castro Filho – DJ de 16/04/2007 – p. 180; STJ – 3ª T. – REsp 703754/RJ – Rel. Min. Ari Pargendler – DJ de 23/04/2007 – p. 257.

⁶³. Aprovada pelo Decreto Legislativo 10/58, promulgada pelo Decreto 56.826/65 e posteriormente corroborada pelo artigo 26 da Lei 5.478/68.

Não obstante, consoante destaca Vera Lúcia Feil Ponciano⁶⁴, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem reconhecido a competência da Justiça Federal para julgamento dessas ações de alimentos não em razão de se encontrarem as mesmas fundadas em tratado internacional (art. 109, III, CF/88), mas em razão de figurar como entidade intermediária o Ministério Público Federal (art. 109, I, CF/88).

Em outras palavras, o reconhecimento da competência da Justiça Federal, quanto a esta modalidade de ação, tem sido justificada, na jurisprudência do STJ⁶⁵, não em razão da matéria (ação fundada em tratado), mas em razão da qualidade da parte (Ministério Público Federal como entidade intermediária), o que não nos parece a melhor interpretação, como será objeto de discussão no próximo capítulo.

Por fim, cabe mencionar que a jurisprudência também vem reconhecendo à Justiça Federal competência para processar e julgar ações de busca e apreensão de menores que tenham por fundamento a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, concluída em Haia, em 25 de outubro de 1980 e promulgada pelo Decreto 3.413/2000.

Assim, ao apreciar o Conflito de Competência nº 64.120/PR⁶⁶, o Ministro Relator Castro Filho, em decisão monocrática, decidiu pela competência da Justiça Federal para processamento tanto de ação de busca e apreensão de menor proposta pela União no juízo federal, quanto de pedido de guarda proposto pela mãe do menor no juízo estadual, ao fundamento de que seriam as ações conexas.

Embora fundamentando sua decisão na conexão⁶⁷ entre as ações, o Ministro Relator nela transcreveu em parte a decisão do juízo federal de primeiro grau suscitante do conflito

⁶⁴. *Op. cit.*, p. 74.

⁶⁵. STJ – CC 20.175/SP – Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito – DJU de 07/12/1998 – p. 38.

⁶⁶. STJ – CC 64.120 – Rel. Min. Castro Filho – DJ de 25/10/2006.

⁶⁷. Também fundamentando a decisão na conexão entre as ações, refira-se o CC 64.012/TO (STJ - 2ª Seção - Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito – DJ de 09/11/2006 – p. 250) e o recente CC 100345/RJ (STJ – 2ª Seção – Rel. Min. Luis Felipe Salomão – j. de 11/02/2009 - DJ de 18/03/2009). É de se ressaltar que nesses três julgados, foram elementos preponderantes para a determinação da competência da Justiça Federal o fato de a União ser autora no processo que tramitava na Justiça Federal (art. 109, I, CF/88) ou haver manifestado interesse em intervir no processo em tramitação perante a Justiça Estadual (Súmula nº 150 do STJ), bem como a conexão entre essas ações e as que tramitavam perante a Justiça Federal. A regra de competência tratada no art. 109, III, da Constituição Federal de 1988, ou não chega a ser expressamente invocada, ou o é como *obiter dictum*, sem maior aprofundamento.

(Vara Federal de Guarapuava/PR), o qual afirmou a competência da Justiça Federal para julgamento de ações dessa natureza, porque “*o Estado Brasileiro tem o dever de prestar assistência para a pacificação do conflito. Daí surge o interesse da União e a conseqüente competência da Justiça Federal para o processamento dos feitos, nos termos do artigo 109, incisos I e III, da Constituição Federal*”.

Em síntese, a jurisprudência de nossos Tribunais Superiores vem reconhecendo a competência da Justiça Federal nas seguintes hipóteses: (a) ações relativas a vazamento de óleo fundadas na Convenção Internacional sobre Responsabilidade Civil em Danos Causados por Poluição de Óleo de 1969; (b) ações relativas à proteção do nome comercial com notoriedade internacional, propostas com fundamento na Convenção da União de Paris, celebrada em 1883; (c) ações de alimentos entre estrangeiros propostas com fundamento na Convenção sobre a Prestação de Alimentos no Estrangeiro de 1956; e, (d) ações de busca e apreensão de menores e correlatas que tenham por fundamento a Convenção sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças de 1980.

De outra parte, vem sendo atribuída a Justiça Estadual o julgamento das (a) ações executivas cambiais relativas a títulos de crédito regulados pela Convenção de Genebra de 1930; e, (b) ações indenizatórias relativas ao transporte aéreo internacional fundadas na Convenção de Varsóvia de 1929 e no Protocolo de Haia de 1955.

A DISTINÇÃO TRATADO-LEI E TRATADO-CONTRATO COMO CRITÉRIO

Do quanto se expôs até o momento, constata-se que a interpretação e a aplicação da regra de competência de que tratamos não encontram uniformidade, quer na doutrina, quer na jurisprudência, que ora reservam à Justiça Federal a competência para apreciação de determinadas causas fundadas em tratados, ora dela as subtraem.

Com efeito, há entendimentos no sentido de se conferir ao dispositivo uma interpretação ampla, atribuindo-se à Justiça Federal o julgamento de toda e qualquer ação

que tenha um tratado internacional celebrado pelo Estado brasileiro como causa de pedir, pouco importando a espécie de tratado^{68 69}.

Tal entendimento, no entanto, alberga interpretação literal da Constituição e, consoante já apontou o Supremo Tribunal Federal, é interpretação que não pode ser aceita, eis que levaria a uma hipertrofia da Justiça Federal, desvirtuando-a de seu perfil constitucional de atuar como uma Justiça voltada ao julgamento de causas em que figurem como partes entes federais, de modo a preservar a autonomia entre os entes federativos.

Servindo-nos de argumento lançado em voto do Ministro Thomson Flôres⁷⁰, “*não seria possível compreender que todas as ações cambiais, tudo o que se discutisse em juízo sobre título desse gênero fosse atribuído a uma Justiça especializada, como a Federal. É conclusão que jamais se pode extrair da Constituição*”.

Algum *discrímen* há de ser feito, para se evitar tal agigantamento da competência da Justiça Federal, e nesse sentido se orienta a maior parte dos autores e dos julgados que enfrentaram o tema.

Dentre os critérios encontrados em doutrina e jurisprudência para tal distinção estão os de atribuir à competência da Justiça Federal apenas as causas relativas a tratados que veiculem *interesses superiores da Nação*⁷¹ ou que tratem de *questões internacionais de maior expressão*⁷². Tais critérios, no entanto, apresentam diminuta operacionalidade, porque dotados de um grau extremo de indeterminação.

Como distinguir os tratados que veiculem tais *interesses superiores* de outros tratados que não os veiculem? Como definir quais seriam as *questões internacionais de maior expressão*? Seria lícito dizer que um tratado internacional não veicule um *interesse*

⁶⁸. LESSA – *op. cit.* – p. 220.

⁶⁹. É bem verdade que a posição defendida por Pedro Lessa, embora de um lado seja muito ampla, ao defender que se inserem na competência da Justiça Federal todas as causas fundadas em tratado, qualquer que seja a sua espécie, de outro se revela restritiva ao exigir que figure necessariamente como ré a União. Tal restrição, no entanto e como já debatemos no capítulo próprio, não se sustentava nem mesmo diante do texto constitucional de 1891 e não foi acolhida na doutrina e jurisprudência supervenientes.

⁷⁰. STF – Conflito de Jurisdição 4.663/SP – *cit.*

⁷¹. CAETANO – *op. cit.* – p. 431. Adotando tal critério, o já citado Conflito de Jurisdição nº 6.528/RJ, julgado pelo Supremo Tribunal Federal.

⁷². PONCIANO – *op. cit.* – p. 74/75. Adotando tal critério, colhe-se o voto do Ministro Sydney Sanches, proferido no já citado Conflito de Jurisdição nº 6.528/RJ, julgado pelo Supremo Tribunal Federal.

superior do Estado brasileiro ou, ainda, uma *questão internacional de maior expressão* para o Estado brasileiro? Se assim o for, por que razão foi tal tratado firmado? São perguntas às quais a doutrina que defende tais critérios não ofereceu resposta e cuja ausência de resposta obsta o emprego dos critérios sugeridos.

Por outro lado, o critério de se reservar à Justiça Federal o julgamento das ações em que controvertidas disposições do próprio tratado⁷³ ou, ainda, das ações que apontem como específica causa de pedir disposição do próprio tratado⁷⁴, embora conte com a maior adesão entre os doutrinadores e julgadores, não parece – a despeito de seu inegável valor – atender plenamente ao propósito buscado pelos intérpretes da regra, que é o de evitar a hipertrofia e desvirtuamento da Justiça Federal, pela absorção de um grande número de demandas em que não figure qualquer ente federal como parte ou interveniente.

Com efeito, uma vez que os tratados, sobretudo os tratados-leis, uma vez incorporados ao direito interno, passam a ser aplicados como atos normativos internos para regramento de situações jurídicas concretas, parece-nos inafastável a conclusão de que a aplicação do critério proposto deslocará para a Justiça Federal todas as ações que neles tenham causa de pedir, como por exemplo, as próprias execuções cambiais relativas a títulos regrados pela Lei Uniforme.

Se o tratado estabelece o regramento da matéria, não seria muito difícil às partes moldarem a causa de pedir de forma a direcioná-la a dispositivo do tratado, deslocando assim a competência para a Justiça Federal.

Dessarte, embora reconhecendo valor ao critério proposto, pensamos que o mesmo se afigura insuficiente para adequada interpretação e aplicação da regra de competência prevista na Constituição.

Ao que nos parece, o melhor critério a orientar a interpretação do art. 109, III, da Constituição Federal de 1988, é a distinção entre tratado-lei e tratado-contrato, critério do qual se aproximou o Professor Aluísio Gonçalves de Castro Mendes⁷⁵ e que foi

⁷³. STF – Conflito de Jurisdição 6.528 – *cit.*

⁷⁴. BOCHENEK – *op. cit.* – p. 128.

⁷⁵. *Op. cit.* – p. 103.

expressamente defendido pela Professora Carmen Tibúrcio⁷⁶, ambos da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, e que contou, ao menos em uma oportunidade, com a acolhida do Supremo Tribunal Federal⁷⁷.

Com efeito, ao reservar à Justiça Federal o julgamento apenas das causas fundadas em tratados-contratos, alcança-se satisfatoriamente o resultado de se evitar a hipertrofia da Justiça Federal, na medida em que, não tendo tais tratados a pretensão de estabelecer regras de conduta gerais, o número de situações jurídicas individuais que emergirão de sua aplicação é significativamente menor.

De outra parte, na medida em que tais tratados são voltados principalmente à cooperação entre países (comercial, jurídica etc), eventual descumprimento daquilo neles estabelecido afeta a imagem do Estado brasileiro no plano internacional de uma maneira muito mais direta do que o eventual descumprimento de um tratado-lei por um particular que deixe de se submeter à regra de conduta nele estabelecida.

Justifica-se, em especial com relação aos tratados-contratos, a fixação da competência da Justiça Federal, preservando-se o interesse político do Estado brasileiro no seu cumprimento, tal qual defendido pela quase totalidade da doutrina nacional, que vê nessa preservação a razão subjacente à regra de competência.

Analisando-se, à luz desse critério distintivo, a jurisprudência de nossos Tribunais Superiores a respeito da aplicação da norma do art. 109, III, da Constituição Federal, observamos que, na maioria das vezes ele foi observado, ainda que de maneira não expressa.

Com efeito, com relação às ações executivas cambiais, que encontram fundamento na Lei Uniforme, adotada por meio da Convenção de Genebra, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a competência da Justiça Estadual, o que é compatível com o critério ora proposto, na medida em que tal convenção qualifica-se como um tratado-lei (tem uma pretensão normativa geral, estabelecendo requisitos formais e materiais de títulos de crédito, local de pagamento, regulando endosso, aceite e aval, além de outras questões).

⁷⁶. Vide Nota 23.

⁷⁷. Conflito de Jurisdição 6.147 – *cit.*

Também nas ações relativas à responsabilidade civil no transporte aéreo internacional, reguladas pela Convenção de Varsóvia e subsequente Protocolo de Haia, estamos diante de tratados-leis (unificação de regras relativas ao transporte aéreo internacional, tais como conteúdo mínimo de bilhetes de passagem, do recibo de bagagem não acompanhada, do conhecimento de transporte aéreo, além da regulação da responsabilidade civil do transportador e várias outras questões), razão pela qual o Supremo Tribunal Federal e o Tribunal Federal de Recursos, após a edição da Emenda Constitucional nº 07/77, coerentemente com o entendimento adotado com relação às ações cambiais, vieram a consolidar sua jurisprudência no sentido da competência da Justiça Estadual, inclusive com adoção expressa do critério em pelo menos um julgado, como já referido.

Também observaram o critério ora proposto as decisões que reconheceram a competência da Justiça Federal para julgamento de ações relativas à proteção de nome comercial fundadas na Convenção da União de Paris.

Com efeito, pensamos que, não obstante tal convenção seja predominantemente um tratado-lei (regulando em caráter geral o privilégio de invenção e respectivos prazos de duração, regramento de patentes e modelos de utilidade, causas de caducidade etc), em alguns aspectos – notadamente no que diz respeito à proteção do nome comercial⁷⁸ – apresenta-se a Convenção como um tratado-contrato, na medida em que assume o Estado brasileiro no plano internacional a obrigação de cooperação na proteção do nome comercial, adotando providências administrativas relativas à invalidação de registros efetuados em desconformidade com os termos da convenção, justificando-se portanto, como tem reconhecido a jurisprudência, a competência da Justiça Federal.

Relativamente às ações fundadas na Convenção e Nova Iorque a respeito de prestação de alimentos no estrangeiro e na Convenção de Haia sobre Sequestro

⁷⁸. “Art. 6º bis. (1) Os países da União comprometem-se a recusar ou invalidar o registro, quer administrativamente, se a lei do país o permitir, quer a pedido do interessado e a proibir o uso de marca de fábrica ou de comércio que constitua reprodução, imitação ou tradução, suscetíveis de estabelecer confusão, de uma marca que a autoridade competente do país do registro ou do uso considere que nele é notoriamente conhecida como sendo já marca de uma pessoa amparada pela presente Convenção, e utilizada para produtos idênticos ou similares. O mesmo sucederá quando a parte essencial da marca notoriamente conhecida ou imitação suscetível de estabelecer confusão com esta” (Convenção de Paris, com a revisão de Estocolmo de 14 de julho de 1967, promulgada entre nós pelo Decreto 75.572/75).

Internacional de Crianças, vislumbra-se com maior clareza hipóteses de tratado-contrato, eis que o Brasil assume no plano internacional o dever de cooperação jurídica, por meio de suas instituições intermediárias ou autoridades centrais, relativamente aos temas objeto das convenções, justificando-se a competência da Justiça Federal, tal qual vem sendo reconhecido por nossos tribunais.

Apenas parecem à primeira vista destoar dessa linha de entendimento os julgados do Superior Tribunal de Justiça relativos à competência para apreciar ações por danos ambientais fundadas na Convenção de Bruxelas sobre vazamento de óleo.

Entendemos que essa convenção há igualmente de ser qualificada como um tratado-lei (na medida em que tem uma pretensão normativa geral: definição da responsabilidade civil do proprietário do navio, causas de exclusão de responsabilidade, limitação da responsabilidade, prescrição, entre outros assuntos), inserindo-se, ao menos sob o aspecto do art. 109, III⁷⁹, da Constituição, na competência da Justiça Estadual, e não da Federal, como reconheceu o Superior Tribunal Justiça.

CONCLUSÃO

Como se vê, apesar do desprestígio⁸⁰ pelo qual a distinção entre tratado-lei e tratado-contrato vem passando, pensamos que essa distinção, colhida no tradicional doutrina do direito internacional, pode ser utilizada como instrumento de interpretação da regra de competência de que tratamos e, além disso, vem sendo aplicada – ainda que de maneira não expressa – na maioria dos julgados que buscaram interpretar a regra.

⁷⁹. É necessário ressaltar que os acórdãos do STJ não firmaram a competência da Justiça Federal unicamente no inciso III, mas também no inciso I, ao argumento de que havia intervenção do Ministério Público Federal e de que havia interesse da União, pelo dano ambiental haver atingido bem público da União, no caso o mar territorial. Assim, embora uma análise exclusivamente voltada ao inciso III, como destacamos, aponte para a competência da Justiça Estadual, a conjugação feita pelo STJ com o inciso I parece ser suficiente para firmar a competência da Justiça Federal, tal qual decidido por aquela Corte de Uniformização.

⁸⁰. REZEK – *op. cit.* – p. 28.

BIBLIOGRAFIA

BOCHENEK, Antônio César – *Competência cível da justiça federal e dos juizados especiais cíveis* – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais – 2004.

CAETANO, Marcelo – *Direito constitucional – Vol. II – Direito constitucional brasileiro* – 2ª ed. revista e atualizada – Rio de Janeiro: Forense – 1987.

CARVALHO, Vladimir Souza – *Competência da justiça federal* – 7ª edição revista e atualizada – Curitiba: Juruá Editora – 2008.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão – *A constituição federal comentada* – Volume II - 3ª Edição – Rio de Janeiro: José Konfino Editor – 1956.

CENEVIVA, Walter – *Direito constitucional brasileiro* – 3ª edição – São Paulo: Saraiva – 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel – *Instituições de Direito Processual Civil* – Vol. I – 5ª Edição revista e atualizada – São Paulo: Malheiros – 2005.

FERREIRA, Pinto – *Curso de direito constitucional* – 9ª ed. ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva – 1998.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves – *Curso de direito constitucional* – 22ª edição – São Paulo: Saraiva – 1995.

KIMURA, Alexandre Issa – *Constituição Federal de 1988 – Apontamentos doutrinários e jurisprudenciais* – São Paulo: Editora Juarez de Oliveira – 2001.

LESSA, Pedro – *Do Poder Judiciário* – Edição fac-similar – Brasília: Senado Federal – 2003.

MELLO, Celso D. de Albuquerque – *Curso de direito internacional público* – Vol. I – 15ª edição revista e aumentada – Rio de Janeiro: Renovar – 2004.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro – *Competência cível da justiça federal* – 2ª edição revista, atualizada e ampliada – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais – 2006.

MORAES, Alexandre de – *Direito constitucional* – 24ª edição – São Paulo: Atlas – 2009.

PONCIANO, Vera Lúcia Feil – *Justiça Federal – Organização, Competência, Administração e Funcionamento* – 1ª Ed./1ª reimpr. - Curitiba: Juruá – 2009.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante – *Comentários à constituição de 1967* – 2ª ed. – 2ª tiragem – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais – 1974.

REZEK, J. Francisco – *Direito internacional público (curso elementar)* – 10ª edição inteiramente revista e atualizada – São Paulo: Saraiva – 2007.

SANTOS, Carlos Maximiliano Pereira dos – *Comentários à constituição brasileira de 1891* – Brasília: Senado Federal – 2005 – p. 629/630.

SILVA, José Afonso da – *Curso de direito constitucional positivo* – 15ª edição – São Paulo: Malheiros – 1998.

ZIMMERMANN, Augusto – *Curso de direito constitucional* – 4ª edição – Rio de Janeiro: Lumen Juris – 2006.

**A LIQUIDAÇÃO POR ARBITRAMENTO E A LIQUIDAÇÃO POR
ARTIGOS: PONTOS RELEVANTES SOB A ÓTICA DAS LEIS 11.232/05 E
11.382/06 * - ****

RODRIGO MAZZEI

Professor do Instituto Capixaba de Estudos (ICE). Advogado. Vice-presidente do Instituto de Advogados do Estado do Espírito Santo (IAEES). Mestre pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) e doutorando pela Faculdade Autônoma de Direito (FADISP).

Sumário: 1. Do objeto do estudo – 2. Da (atual) natureza jurídica da liquidação de sentença por arbitramento e por artigos – 3. Liquidação por arbitramento (arts. 475-C e 475-D) – 3.1 Características da liquidação por arbitramento e diferenças frente a liquidação por artigos – 3.2 Alterações introduzidas pela Lei 11.232/05 na liquidação por arbitramento – 4. Da liquidação por artigos (arts. 475-E e 475-F) – 4.1 Natureza jurídica – 4.2 Petição e decisão – 4.3 Recurso: art. 475-H (agravo)? – 5. Liquidação em “ambiente de execução de título extrajudicial” – 5.1 A redação do art. 745, IV, § 1º e § 2 do CPC após a Lei 11.382/06 – 5.2 Aplicação do art. 739-B do CPC para a liquidação de apenamento judicial - 6. Referências.

1. DO OBJETO DO ESTUDO

* Em estudo anterior, com foco único na Lei 11.232/05, analisamos os principais pontos da liquidação de sentença, abordando também a chamada ‘liquidação por cálculos’ (aqui não analisada), a saber: Liquidação de sentença. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção, et al. *Reforma do CPC: Leis 11.187/2005, 11.232/2005, 11.276/2006, 11.277/2006 e 11.280/2006*. São Paulo: RT, 2006, cap. 06, p. 145-198. No presente texto, limitamo-nos às liquidações de sentença por arbitramento e por artigos, fazendo também breve análise da Lei 11.382/06, com a revisão e atualização de pontos anteriormente desenvolvidos. Para leitura mais profunda e com maior extensão sobre liquidação de sentença, indicamos o pretérito texto acima referenciado. A execução de títulos extrajudiciais, por sua vez, foi tratada no volume seguinte (*Reforma do CPC 2: Leis 11.382/2006 e 11.341/2006*. NEVES, Daniel Amorim Assumpção, et al. São Paulo: RT, 2007).

** Agradeço ao colega Marcos Simões Martins Filho, pesquisador do Instituto Capixaba de Estudos (ICE), pela ajuda na correção final e na atualização de referências doutrinárias ao estudo.

Ao se falar em *liquidação de sentença*¹ é intuitiva a lembrança dos títulos executivos judiciais², não se recordando, ao menos num primeiro momento, das execuções deflagradas por títulos executivos extrajudiciais. De fato, a liquidação de sentença possui espaço muito mais fértil no ambiente voltado aos títulos executivos judiciais, podendo se dizer que se trata de *fase* antecedente - em algumas hipóteses (por iliquidez do título) - ao *cumprimento de sentença*, consoante se infere da parte inicial do art. 475-J do CPC³⁻⁴, notadamente quando a questão envolver a *liquidação por arbitramento* ou a *liquidação por artigos*, alvos do presente estudo.

Assim, a liquidação de sentença possui raízes bem apegadas à Lei 11.232/05 que, como é curial, implementou postura reformadora na execução dos títulos de nascedouro judicial. No entanto, a recente Lei 11.382/06 – que tratou da execução de títulos extrajudiciais – possui alguns regramentos que também merecem ser analisados, uma vez que permite, em certa medida, a verificação de ‘*incidentes*’ com natureza afim à liquidação.

¹ Cumpre destacar que, em termos técnicos, não é correto que se fale em liquidação de sentença, o que se liquida em realidade é a obrigação trazida pelo título, nesse sentido destacamos as precisas palavras de Cândido Dinamarco: “Na realidade, não se trata de liquidar ‘a sentença’, como o Código de Processo Civil insinua na rubrica do capítulo em que cuida do tema (art. 603 ss): a liquidez, como a certeza e a exigibilidade, são atributos que precisam acompanhar a obrigação amparada em título executivo, não o próprio título” (*Execução Civil*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 515).

² Muito embora o legislador se utilize da expressão “liquidação de *sentença*” pode ocorrer hipótese em que a liquidação se voltará para título executivo com outra natureza jurídica, admitindo-se, inclusive, em caso de decisão interlocutória fixadora de “*condenação*” (no sentido amplo da expressão). Nessa linha, Teori Albino Zavascki anota que podem ser objeto de liquidação a decisão interlocutória que “impõe multa de litigância de má-fé, art. 18, § 2º, e a que antecipa tutela em demanda com pedido genérico de obrigação de pagar quantia (CPC, art. 273)” (*Título executivo e liquidação*. 1ª ed. 2ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 171). Ainda acerca da expressão “liquidação de sentença”, com acerto Fabiano Carvalho destaca que: “O vocábulo liquidação de sentença deve ser interpretado extensivamente a fim de compreender a expressão decisão interlocutória (art. 162, § 2º), uma vez que esse provimento poderá ser objeto do procedimento de liquidação, principalmente cuidando-se de decisão que antecipa os efeitos da tutela, quando não determinado o valor ou a forma da obrigação” (*Liquidação de Sentença: Determinação do Valor por Cálculo Aritmético, de Acordo com a Lei nº 11.232/2005*. In: HOFFMAN, Paulo. *Processo de Execução Civil – Modificações da Lei 11.232/2005*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 46).

³ Art. 475-J. Caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou *já fixada em liquidação*, não o efetue no prazo de quinze dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento e, a requerimento do credor e observado o disposto no art. 614, inciso II, desta Lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação (destaque nosso).

⁴ Acerca da problemática envolvendo a correta aplicação dos prazos estabelecidos pela Lei 11.232/2005, especificamente o prazo previsto no artigo 475-J, conferir a obra de Antonio Notariano Júnior e de Gilberto Gomes Bruschi: Os Prazos Processuais e o Cumprimento da Sentença. In: BRUSCHI, Gilberto Gomes (Coord.). *Execução Civil e Cumprimento de Sentença*. São Paulo: Método, 2006. p. 37-58.

Nosso texto, muito longe de traçar abordagem completa e definitiva sobre o tema, busca destacar questões que entendemos ser de alguma relevância nas Leis 11.232/05 e 11.382/06, com o objetivo de estampar o atual perfil e campo de utilização da liquidação por arbitramento e por artigos.

2.DA (ATUAL) NATUREZA JURÍDICA DA LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA POR ARBITRAMENTO E POR ARTIGOS

Antes de tecermos qualquer comentário respeitante às liquidações de sentença por arbitramento e por artigos, nos parece fundamental captar a pretensão legislativa de alteração estrutural das figuras jurídicas em comento. Com efeito, após as modificações inseridas pela Lei 11.232/05, o art. 475-A, ao abrir o novo Capítulo IX do Livro I do CPC, dá notícia – através do seu § 1º - do novo perfil assumido pela liquidação de sentença. Percebe-se que se pretende deixar de tratar o instituto como ação autônoma (*de natureza declaratória*⁵⁻⁶) para encará-lo como *incidente*⁷.

⁵ Nossa opinião tem guarida em Humberto Theodoro Júnior: “O processo liquidatório culmina com uma sentença declaratória que aperfeiçoa a sentença condenatória” (*Processo de execução*. 19 ed. São Paulo: Leud, 1999, p. 218). No mesmo sentido, Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina: “(...) a ação condenatória terá como objetivo a obtenção de sentença que determine a responsabilidade do réu pelo dano causado (ou seja, o *an debeat*); diferentemente, a liquidação terá por objeto a apuração do *quantum debeat*. No primeiro caso, será proferida sentença condenatória; no segundo, sentença declaratória.” (*Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil 2*. São Paulo: RT, 2006, p. 102, destacamos).

⁶ Registre-se que não há uma posição uniforme na questão, colhendo-se doutrina de qualidade que sustenta a natureza *constitutiva* da liquidação, afirmando outros que se trata de *ação condenatória*. Com ótima síntese sobre o debate doutrinário, confira-se Olavo de Oliveira Neto (O novo perfil da liquidação de sentença). In: *Processo de Execução Civil - Modificações da Lei 11.232/05*. Paulo Hoffman e Leonardo Ferres da Silva Ribeiro (Coords). São Paulo: Quartier Latin, p. 192-193. O citado autor, contudo, depois de arrolar os diversos posicionamentos e de justificá-los, acaba por concluir pela natureza declaratória da liquidação, o que corrobora nosso entendimento.

⁷ Neste sentido, Orlene Aparecida Anunciação afirma que é “um incidente processual posterior ao processo de conhecimento” (Execução de sentença ante a Lei no. 11.232, de 22 de dezembro de 2005: antigos problemas, novas tendências e busca incessante da efetividade. In: *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 36, março de 2006, p. 96-97). Próximo: Olavo de Oliveira Neto (O novo perfil da liquidação de sentença). In: *Processo de Execução Civil - Modificações da Lei 11.232/05*. Paulo Hoffman e Leonardo Ferres da Silva Ribeiro (Coords). São Paulo, Quartier Latin, p. 194.

Para se entender a alteração de postura não basta a simples leitura do § 1º do art. 475-A do CPC, quando aponta que a cientificação do devedor se dará através de “intimação” na pessoa de seu advogado.⁸ Esta colocação isolada, pensamos, não seria suficiente para se caracterizar a mudança da *natureza* da liquidação de sentença. Entretanto, passeio mais cuidadoso pelo Capítulo IX do Livro I do CPC⁹, permite-nos tal leitura, haja vista que, em nítidos sinais, busca-se uma transmutação da liquidação de sentença para um *incidente*. Senão vejamos:

- O § 1º do art. 475-A não exige petição inicial, reclamando apenas “requerimento”, típica postulação incidental de marcha processual.
- Será proferida “decisão”, segundo o parágrafo único do art. 475-D, e não mais “sentença”, tal qual constava no revogado parágrafo único do art. 607 do CPC.
- O recurso que desafiará a “decisão” deverá ser o agravo de instrumento, nos termos do inédito art. 475-H.

Existem, contudo, contradições que colocam em dúvida a assertiva de que a liquidação de sentença será sempre um *incidente*, pois:

- O § 2º do art. 475-A utiliza da palavra “pedido”, quando, para coesão com o § 1º (em antecedência) poderia ter se valido de “requerimento”.
- Apesar de plantada a expressão “no que couber” no art. 475-F, o legislador foi econômico, não fixando exatamente o que pretendeu com a remissão ao procedimento

⁸ O art. 740 do CPC determina a intimação do embargado, na pessoa de seu advogado, o que nunca desnaturou a idéia de que tal “cientificação” afina-se com a citação e não com uma intimação. Neste sentido: Antônio Cláudio da Costa Machado (*Código de Processo interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. 4 ed. Barueri: Manole, 2004, p. 1113-1114).

⁹ Lembre-se aqui a estratégica alteração geográfica concretizada na reforma, com a criação de novo Capítulo IX do Livro I (processo de conhecimento), em seguida dos dispositivos da sentença e da coisa julgada, facilitando seguir a trilha sincrética pregada pela Lei 11.232/05.

comum (crê-se que a liquidação de sentença por artigos seguirá o procedimento comum, situação no mínimo estranha para um simples “*incidente*”¹⁰).

Pensamos, em aferição que extrapola a *interpretação gramatical* das noviças normas, que não se afigura correta a dicção de que a liquidação de sentença se reduziu – em todos os casos - a *incidente processual*, dada a necessidade - em boa medida de hipóteses – de grande cognição até sua decisão final. Nestas situações, a liquidação de sentença continuará tendo natureza jurídica de ação, mesmo que para tal afirmação seja necessário nos valermos de *interpretação lógica*¹¹. Diante do exposto, há espaço para a crítica de Araken de Assis sobre a reforma no particular. Confira-se:

“Parece inequívoca a intenção do legislador transformar a liquidação, nas modalidades do arbitramento e dos artigos, em ação incidental, inserida no processo já pendente, em alguns casos processada em autos apartado (art. 475-A, § 2º). Em tal hipótese, à semelhança do que sucede no caso do réu reconvir, não se formará nova e independente relação processual, criando ‘cúmulo de processo’; existirá a reunião de duas ações sucessivas (existindo o trânsito em julgado) ou simultâneas (na execução provisória, consoante art. 475-A, § 2º) no mesmo processo. Nem sempre, porém, as melhores intenções (e o objetivo presumível da reforma parece altamente discutível) acabam se materializando no direito posto. Por exemplo, a

¹⁰ Observe-se que, mesmo antes da reforma, em alguns momentos a jurisprudência afirmava que a liquidação de sentença é um “incidente”. Confira-se, no sentido: “A liquidação é procedimento preparatório, de natureza cognitiva, que visa a tornar líquida a sentença, sendo, portanto, incidente final do processo de conhecimento e não incidente da execução” (STJ, REsp. 276.010/SP, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª Turma, j. 24.10.2000, DJ 18.12.2000, p. 209). O rótulo para nós é o que menos importa, desde que se tenha a exata noção de que a “decisão que encerra o processo de liquidação é sentença de mérito” (STJ, REsp. 767.768/SC, Rel. Ministro Castro Filho, 3ª Turma, j. 18.08.2005, DJ 12.09.2005, p. 331). Próximo, Luiz Rodrigues Wambier leciona que: “O processo de liquidação tem por objetivo a obtenção de uma sentença de mérito que defina o quantum da obrigação que foi constituída no processo de conhecimento sem que, entretanto, neste último, tenha sido possível extremar os seus limites quantitativos ou individualizar seu objeto” (*Liquidação de Sentença*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 85).

¹¹ A interpretação lógica, segundo o professor italiano Francesco Ferrara, “se move em um ambiente mais alto e utiliza meios mais finos de indagação, pois remonta ao espírito da disposição, inferindo-o dos fatores racionais que a inspiraram, da gênese histórica que a prende às leis anteriores, da conexão que a enlaça às outras normas de todo o sistema. É da ponderação destes diversos fatores que se deduz o valor da norma jurídica” (*Interpretação e aplicação das leis*. 3 ed. Tradução de Manuel A. Domingues de Andrade. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1978, p. 140-141).

liquidação por artigos seguirá as linhas mestras do procedimento comum, a teor do art. 475-F, senão eliminando, ao menos enfraquecendo a inclinação inicial, sem embargo da cautelosa cláusula ‘no que couber’¹².

Assim, é de certa maneira ingênua a idéia que será possível tratar em todos os casos a liquidação de sentença com a simplicidade de um incidente processual, dada a sua natureza própria.¹³ A lei não tem o condão de, ao impor simples alteração redacional em alguns dispositivos, mudar a própria estrutura de instituto jurídico dotado, inclusive, de força para formar *coisa julgada material*.¹⁴

¹² E continua o jurista: “Nada mudou substancialmente, portanto, permanecendo o chamamento do réu, através de intimação ou de citação, já se encontrando ou não, representado, ou seja, veiculando-se a pretensão liquidatória em processo pendente ou instituindo-se, inovadoramente, processo para semelhante finalidade” (*Cumprimento da sentença*. Rio de Janeiro: Forense: 2006, p. 106).

¹³ Não se pode creditar à Lei 11.232/05 nenhuma alteração à liquidação dos arts. 95 e 97 do CDC, tratando-se aquela de verdadeira ação de conhecimento. Tratamos do tema, especificamente, confira-se: *Liquidação de sentença*. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção, et al. *Reforma do CPC*. São Paulo: RT, 2006, p. 192-195. Em sentido contrário, destacamos o posicionamento defendido por Fredie Didier Júnior, segundo o autor: “A lei 11.232/2005 pretendeu eliminar o processo de liquidação de sentença. A liquidação passa a ser uma fase do processo, que tem múltiplos objetivos (é sincrético): certificar o direito, liquidar (complementar a certificação) e efetivar a decisão judicial. Fê-lo expressamente em relação à liquidação por artigos e à liquidação por arbitramento. *O silêncio sobre a liquidação da sentença coletiva não impede a interpretação de que o regramento geral também se lhe aplica; ou seja, a liquidação coletiva passa a ser incidente, sem a necessidade de instauração de um novo processo apenas com esse objetivo*” (In: JORGE, Flávio Cheim; DIDIER JÚNIOR, Fredie; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *A Terceira Etapa da Reforma Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 83, - grifamos). Não concordamos, no particular, com o prestigiado jurista baiano, pois os arts. 95 e 97 do CDC irão propiciar forma de *liquidação por arbitramento* muito peculiar, em que há, inclusive, fase de *habilitação* do titular do direito individual homogêneo. Se há cognição absolutamente nova, com a presença de pessoa que sequer participou da ‘fase’ de conhecimento, não nos parece ser possível afirmar que haverá um *simples incidente*. Vale lembrar que a sentença coletiva de procedência poderá ser cindida, visando facilitar a sua execução, podendo se processar, então, várias liquidações em juízos distintos, apesar da mesma raiz sentenciante. No sentido: Tiago Figueiredo Gonçalves (A ‘liquidação’ e obrigação imposta por sentença em demanda metaindividual. In MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias. *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 424.425). Há, pois, na nossa opinião, inegável natureza de ação nas liquidações de sentença que transitem com amparo nos arts. 95 e 97 do CDC.

¹⁴ Tanto assim que mister é a ação rescisória para desconstituir a “decisão homologatória” da liquidação de sentença. No sentido: “Processual civil. Recurso especial. Ação rescisória. Decisão em fase de liquidação de sentença. 1. Entende a Primeira Seção que a ação rescisória constitui via adequada de desconstituição de uma decisão homologatória de liquidação (AR, nº 489/PR, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJU de 26.05.97). 2. Recurso especial provido” (STJ, REsp. 531.263/SC, Rel. Ministro Castro Meira, 2ª Turma, j. 28.06.2005, DJ 22.08.2005, p. 195). A doutrina não destoa deste entendimento, assim, Humberto Theodoro Júnior (*As novas Reformas do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 199-200) acertadamente indica que: “Após a reforma da Lei nº 11.232, de 22.12.2005, que transformou o julgamento da liquidação em decisão interlocutória atacável por agravo de instrumento (art. 475-H), a natureza do

Recorde-se ainda, que algumas regras apresentadas – tidas como novidades para prestigiar a efetividade – já eram contempladas na legislação processual, apesar de coloração um pouco diferente, tal como se pode perceber dos parágrafos do art. 475-B do CPC.

Forçoso, desse modo, entender que a reforma processual buscou trazer novo perfil para a liquidação de sentença, trazendo, em certa medida, soluções que permitirão uma maior agilidade processual, como é o caso do § 2º do art. 475-A do CPC¹⁵. Todavia, não nos parece possível fechar os olhos e simplesmente aceitar que a empreitada legislativa, com pequenos retoques, afetou o núcleo da liquidação de sentença. Ao mesmo tempo em que não podemos nos agarrar no passado, com um saudosismo injustificado, não se deve desprezar as experiências pretéritas que desvendam os reais contornos da figura jurídica que se pretende reformar.

3.LIQUIDAÇÃO POR ARBITRAMENTO (ARTS. 475-C E 475-D)

A liquidação de sentença por arbitramento, antes da Lei 11.232/05, estava escorada basicamente nos arts. 606 e 607 do CPC, apesar de também atrair outras normas, como, por exemplo, os arts. 603 e 610. Com a nova ordem legal, tal modalidade de liquidação ficará repousada nos arts. 475-C e 475-D (que substituem os arts. 606 e 607), recebendo influência de outros dispositivos, a saber: art. 475-A (em permuta do art. 603), 475-G (que revogou o art. 610) e art. 475-H (sem precedente).

juízo não sofreu alteração alguma. Se o *quantum debeat* é algo indissociável do mérito da causa, não importa se sua apreciação se dá formalmente em sentença ou em decisão interlocutória; o julgado a seu respeito será sempre decisão de mérito e sua força sempre será a de coisa julgada material. Continuará, pois, sendo atacável por ação rescisória”. No mesmo sentido: Athos Gusmão Carneiro (*Cumprimento da Sentença Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 40).

¹⁵ A regra não é de toda estranha ao CPC de 1939, como bem lembra Samantha Lopes Álvares (Apontamentos sobre o novo regime da liquidação de sentença. In: HOFFMAN, Paulo; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva (Coords.). *Processo de Execução Civil. Modificações da Lei 11.232/05*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 120.) Dispunha a redação do ab-rogado código, no parágrafo primeiro do artigo 830 que: “Nas ações ordinárias em que a execução da sentença depender de liquidação por arbitramento ou por artigos, será devolutivo o efeito da apelação para o fim exclusivo de autorizar a liquidação na pendência do recurso”.

3.1. Características da liquidação por arbitramento e diferenças com a liquidação por artigos

Não foram alteradas as hipóteses de permissão da liquidação por arbitramento, pois, segundo o art. 475-C, esta ocorrerá quando: “I – determinado pela sentença ou convencionado pelas partes; II – o exigir a natureza do objeto da liquidação”. Sobre tal formato, tem-se que é desnecessário o inciso II do art. 475-C, uma vez que a sentença somente assim irá determinar se justamente a natureza do objeto assim exigir, primeira situação do inciso I.¹⁶

É incomum a liquidação por arbitramento em razão de *convenção das partes* (segunda parte do inciso I, do art. 475-C), mas, ocorrendo, há sujeição do controle judicial, uma vez que somente poderá ser permitida tal deliberação conjunta das partes se a liquidação por arbitramento se demonstrar como *adequada* para o *aperfeiçoamento* da obrigação judicial pendente de *acabamento*.¹⁷

Normalmente, a liquidação por arbitramento estará vinculada à feitura de prova pericial – em qualquer das modalidades do art. 420 do CPC (exame, vistoria ou avaliação) – após a prolação da sentença, tendo em vista que a decisão não fez a determinação de todos os contornos da *condenação*. Surge indagação intuitiva: *por que o julgador deixa de proferir a sentença líquida, remetendo o beneficiário para uma fase de liquidação?* Para a resposta, é fundamental distinguir a liquidação por arbitramento da liquidação por artigos, fazendo Humberto Theodoro Júnior o seguinte divisor:

“Havendo necessidade de se provar fatos novos para se chegar à apuração do *quantum* da condenação, a liquidação terá que ser feita sob forma de artigos (art. 608)¹⁸. *Quando porém, existirem nos autos todos os*

¹⁶ No mesmo sentido: Carreira Alvim e Luciana Gontijo Carreira Alvim Cabral, *Cumprimento de Sentença*. Curitiba: Juruá, 2006. cit., p. 44-45.

¹⁷ Com igual posição: Teori Albino Zavascki, *Título executivo e liquidação*. 2 tir. São Paulo: RT, 1999. cit., p. 195.

¹⁸ Revogado; corresponde ao atual art. 475-E do CPC.

elementos necessários para os peritos declararem o valor do débito, o caso é de arbitramento”.¹⁹

Há, segundo a doutrina trazida, uma diferença no *material cognitivo* das liquidações, na medida em que a por arbitramento será guiada por elementos já constantes nos autos, ao passo que, diferentemente, se o ambiente processual tiver sido instaurado por liquidação por artigos, haverá alargamento na prova que será colhida para a determinação do título, aferindo-se *factos novos*. Em que pese tal análise (de grande relevância), outras observações, em nosso sentir, ajudam a esclarecer de forma mais clara a distinção, ao menos em boa parte das situações.

Com efeito, a liquidação por arbitramento é utilizada em casos que ordinariamente seria possível que a *determinação* da condenação fosse efetuada antes da prolação da sentença. No entanto, tal não ocorre em razão de ser mais viável que se profira a sentença desde logo e se postergue a determinação da condenação, colhendo-se *prova futura*, de natureza pericial. Isso porque a matéria que envolve a *perícia futura* já se encontra resolvida, estando seus parâmetros fixados, mas a definição dos limites da condenação depende de prova técnica.

Dentre os motivos para que a *perícia* de determinação da *condenação* fique *diferida* para momento futuro, podemos destacar o *encadeamento progressivo dos atos processuais*. Ora, se existem elementos para se julgar procedente o pedido indenizatório, em alguns casos é preferível que se decida logo sobre a questão (alcançando o *an debeatur*), postergando-se seu aperfeiçoamento para outra fase (ou seja, fixação do *quantum debeatur*).²⁰

¹⁹ *Processo de execução*. 19 ed. São Paulo: Leud, 1999, p. 223 (destaques não constantes do original).

²⁰ Esta idéia é aproveitada em especial quando a perícia depende de valor que deve ser fixado na sentença, pois não haveria como se fazer a perícia antes de decisão sobre ponto nodal da controvérsia. Neste sentido, confira-se a parte final de julgado gaúcho: “Em princípio, é direito da parte produzir prova pericial, salvo nas situações excepcionadas no parágrafo único, incs. I a III, do art. 420, do CPC. Todavia, nas ações relativas a contratos bancários, onde se questionam juros e encargos, a prova pericial somente será necessária se do contrato não constar à taxa de juros e encargos exigidos pelo banco. Constando, no contrato, o percentual de juros, será desnecessária a prova pericial durante a instrução. Nessas situações, a perícia deve ser relegada para a liquidação de sentença, já com os novos parâmetros determinados pela revisão efetuada” (TJRS, Agravo de Instrumento 70006161871, Décima Sexta Câmara Cível, Relator Desembargador, Claudir Fidelis Faccenda, j. 13/08/2003).

Esta vantagem fica evidente quando – em razão de cumulação própria de pedidos feita pelo postulante – há multitudine de *capítulos sentenciais*, em que alguns são líquidos e outros são ilíquidos. Não obstante ser perfeitamente possível o julgamento dos capítulos líquidos, estes não poderiam ser lançados em sentença, pois outros necessitariam ser aperfeiçoados, em vista de reclamarem ainda a *determinação por prova técnica*. A viabilidade de proferimento de sentença nestas condições toma agora reforço, diante do novo regramento do § 2º do art. 475-A do CPC, que permite a liquidação da decisão enquanto tramita o recurso respectivo, pouco importando se este tem efeito *suspensivo*.

De outra banda, não podemos esquecer que uma sentença, mesmo que ilíquida, pode colocar o seu beneficiário numa situação de privilégio, protegendo o resultado útil do processo. Neste aspecto, aquele que detém a seu favor uma sentença condenatória – ainda que ilíquida – pode perfeitamente constituir hipoteca judiciária incidente sobre o patrimônio do seu devedor, conforme art. 466 do CPC²¹.

Feitas estas considerações, percebe-se que na liquidação por arbitramento há uma remessa proposital de *prova* de natureza *técnica* para outra fase processual, que, *a priori*, poderia ter sido ultimada antes da sentença, haja vista que para a sua consecução os dados poderiam ali ser colhidos, ainda que com a juntada de elementos de apoio. Esta particularidade faz com que alguns autores afirmem que a *liquidação por arbitramento é um inusitado tipo de prova* para dar acabamento à sentença.²²

Não se fará no requerimento da liquidação por arbitramento postulação (para a prova) de “fato novo”, pois o “fato”, além de já estar provado, recebeu deliberação sentencial em toda sua extensão, faltando apenas *prova eminentemente técnica para o seu fechamento*.

²¹ Semelhante prescrição há no Código Civil italiano, como bem lembra Daissou Flach (In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de (Coord.). *A Nova Execução: Comentários à Lei 11.232, de 22 de dezembro de 2005*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 41), que em seu artigo 2.818 autoriza quando presente uma condenação genérica, a inscrição da hipoteca judiciária, ainda que não tenha havido liquidação.

²² Por todos, confira-se Alcides de Mendonça Lima. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. 6., tomo II, 2 ed. Forense: Rio de Janeiro, 1977, p. 576.

Na *liquidação por artigos* – ao contrário da *liquidação por arbitramento* - a simples prova técnica, com base nos elementos já constantes nos autos, não possibilitará a determinação do limite condenatório, haja vista que a fixação da condenação depende da aferição de “fato novo” (que a melhor tradução indica ser *fato secundário e dependente do que já foi decidido*). O exemplo pode ser tirado de ação indenizatória proposta para reparação de dano pessoal, com espeque no art. 286, II, do CPC, em que a situação fática vai se alterando no curso do processo, não se sabendo, no início da ação e no momento da sentença, a dimensão do dano (a vítima continua não podendo trabalhar, estando hospitalizado); não se precisando se o autor terá condições de trabalho posteriormente (não se sabe se será caso de invalidez total ou parcial), sequer se podendo afirmar, naquele momento, se será necessário alterar o tratamento de saúde que no momento está sendo dispensado. Como se viu, são “fatos novos” – de *natureza secundária e com dependência ao decidido* (o réu arcará com todos os prejuízos do ato ilícito) -, que não permitem uma determinação prévia sem *liquidação* que, por certo, demandará cognição “nova”.

3.2. Alterações introduzidas pela Lei 11.232/05 na liquidação por arbitramento

Como já visto, não houve alteração nas hipóteses de cabimento da *liquidação*, sendo o art. 475-C espelho do art. 606, ocorrendo a reforma por motivos topológicos.

No procedimento, entretanto, a *liquidação por arbitramento* sofre mutações, a começar pelo art. 475-A que, no seu § 1º, determina que o “liquidado” será *intimado* na pessoa de seu advogado constituído nos autos. Aceitando-se que a *liquidação por arbitramento* é uma *prova técnica* postergada, não é difícil absorver a nova configuração imposta de *incidente processual* que, fica mais clara, a partir da leitura do parágrafo único do art. 475-D, do CPC, ao dispor que - após a apresentação do laudo e encerradas as manifestações - o julgador (caso não designe audiência) proferirá ‘*decisão*’, impugnável via agravo de instrumento (art. 475-H).

Assim sendo, ao se retornar ao momento da instauração da *liquidação de sentença por arbitramento*, será dispensada a apresentação de petição inicial nos exatos moldes do

art. 282 do CPC, sendo, todavia, necessário que o *requerimento* seja preciso sobre o ponto que deve incidir a prova técnica e os limites que irá alcançar, tendo em vista a necessidade de respeito ao art. 475-G, não se permitindo afastamento da sentença genérica que lhe dá origem.

Para o desenlace da liquidação por arbitramento, os dispositivos vinculados à prova pericial (arts. 420-439 do CPC) devem ser observados pelo julgador.²³ Dessa forma, o ato judicial de recepção da liquidação por arbitramento (art. 475-D) procederá o controle do requerimento, com olhos no art. 420 do CPC, indeferindo a prova técnica (ainda que parcialmente) naquilo que não for pertinente, devendo facultar as partes a nomeação de assistente e quesitação (art. 421), se for o caso.

O novo tratamento dado à liquidação de sentença poderá afastar discussões que, volta e meia, eram remetidas aos Tribunais, como por exemplo, cabimento (ou não) de honorários de advogado²⁴ e parâmetro para valoração da causa²⁵, eis que tais debates não são afetos, em regra, aos incidentes processuais.

4. Da liquidação por artigos (arts. 475-E e 475-F)

A liquidação por artigos apesar de não ter o condão de rediscutir ou de alterar o resultado (e limites) da lide anterior (art. 475-G), tendo natureza *accessória* (já que somente existirá, se houver ação judicial anterior que criar título judicial sem determinação), em

²³ No mesmo sentido: Patrícia Miranda Pizzol (*Liquidação nas ações coletivas*. São Paulo: Lejus, 1998, p. 44); Daisson Flach (In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de (Coord.). *A Nova Execução: Comentários à Lei 11.232, de 22 de dezembro de 2005*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 41); Humberto Theodoro Jr. (*As novas Reformas do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 197); bem como Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina (*Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil 2*. São Paulo: RT, 2006, p. 119). Contra, entendem Carreira Alvim e Luciana Gontijo Carreira Alvim Cabral que a liquidação por arbitramento não permite a formulação de quesitos e indicação de assistentes (*Cumprimento*, cit., p. 47). *Data venia*, a autorizada posição dos últimos autores é totalmente contrária à essência da liquidação por arbitramento (= *prova técnica*). Ora, como, em regra, trata-se de perícia que trabalha com dados já constantes do processo, cria-se situação desnivelada em que se a prova técnica for colhida antes da sentença, aplicar-se-ão os arts. 420-439 do CPC, no entanto, se esta ficar *diferida* para a liquidação, haverá a supressão das ditas regras.

²⁴ Pelo não cabimento de honorários de advogado na liquidação por arbitramento: STJ, REsp. 39.371/RS, Rel. Ministro Nilson Naves, 3ª Turma, j. 08.08.1994, DJ 24.10.1994, p. 28753; REsp. 182751/MG, Rel. Ministro Eduardo Ribeiro, 3ª Turma, j. 23.11.1999, DJ 24.04.2000 p. 51; STJ, AgRg no REsp. 238.064/SC, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, 3ª Turma, j. 18.08.2005, DJ 12.09.2005, p. 313.

²⁵ A questão era tormentosa, pois não se conseguia precisar previamente o benefício alcançado. A melhor solução era a apresentação pelo liquidante de valoração estimativa, saciando o art. 258 do CPC.

certos casos detém autonomia de alta escala. Isto porque determinados títulos judiciais necessitam de alta participação da liquidação de sentença por artigos para o detalhamento da condenação, uma vez que os calibramentos indenizatórios são estranhos à própria decisão que dará ensejo à liquidação, como ocorre no caso de sentença penal condenatória (art. 475-N, inciso II, do CPC)²⁶.

Vale lembrar que, na *liquidação por artigos*, a determinação do título depende da aferição de “fato novo”, (*fato secundário e dependente do que já foi decidido*), reclamando dados muito acima dos já constantes nos autos. Esta situação nos faz concluir que a liquidação por artigos – ao menos em alguns casos – não poderá ser vista como simples *incidente*, mantendo, pois, natureza de ação.²⁷

4.1 Natureza jurídica

A própria Lei 11.232/05 dá sinais de que – ao menos em alguns casos – a liquidação de sentença por artigos não pode ser vista como incidente, dada a sua natureza de ação. Como vimos anteriormente, ainda que com a cláusula de reserva “no que couber”, no art. 475-F, o legislador não deixou claro que poderá ser imposto na liquidação por artigo o *procedimento comum* (art. 272). Com isso, adotar-se-á o rito ordinário ou o sumário de acordo com o que foi seguido para a obtenção da decisão judicial liquidanda.²⁸ Ademais, o

²⁶ Cabe destacar, como o fez Daisson Flach (In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de (Coord.). *A Nova Execução: Comentários à Lei 11.232, de 22 de dezembro de 2005*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 47) que: “Não apenas a sentença penal condenatória é dotada de eficácia executiva, tampouco é a única que deve submeter-se à prévia liquidação. Também a decisão (nesse caso acórdão) que julga procedente a revisão criminal cassando a sentença condenatória poderá deferir indenização pelos prejuízos causados a serem liquidados no juízo cível (art. 630, caput e § 1º do CPP), sendo decisão que mescla também efeitos penais e civis”.

²⁷ Tanto assim que se firmou a idéia de que na liquidação por artigos há possibilidade de honorários de sucumbência, dependendo do grau de litigiosidade e resistência do requerido. A matéria foi decidida em sede de embargos de divergência no STJ: “Assumindo a liquidação por artigos cunho de contenciosidade, evidenciada pela clara resistência oposta pelo réu, são devidos os honorários de advogado” (STJ, REsp. 179.355/SP, Rel. Ministro Barros Monteiro, Corte Especial, j. 17.10.2001, DJ 11.03.2002 p. 153). Próximo: STJ, REsp. 276.010/SP, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª Turma, j. 24.10.2000, DJ 18.12.2000, p. 209.

²⁸ O que não é uma regra inflexível, pois podem surgir situações em que a ação seguiu pelo rito ordinário, mas a condenação está em valoração dentro do rol do art. 275, I, do CPC. Confira-se a respeito: Teori Albino Zavascki (*Título executivo e liquidação*. 2 tir. São Paulo: RT, 1999. cit., p. 202-205). Luiz Rodrigues Wambier ressalta também a problemática dos procedimentos especiais (*Liquidação de sentença*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. cit., p. 142-144).

parágrafo único do art. 475-N do CPC²⁹⁻³⁰ informa que existem títulos que deverão ser *liquidadados pela via dos artigos*, pelas explanações que seguem, quais sejam:

- sentença penal condenatória transitada em julgado (inciso II do art. 475-N);
- sentença arbitral (inciso IV do art. 475-N³¹);
- sentença estrangeira, homologada pelo Superior Tribunal de Justiça (inciso VI do art. 475-N).

A hipótese do inciso II do art. 475-N do CPC é um típico caso de *liquidação por artigos*, pois o título judicial nos moldes do inciso nada delibera sobre a indenização, devendo esta ser aferida e tracejada no trilho do art. 475-E.³²⁻³³.

As situações dos incisos IV e VI do art. 475-N, em demandando o *aperfeiçoamento* para a sua determinação, reclamarão a produção de *prova de “fato novo”*, partindo da

²⁹ Art. 475-N. São títulos executivos judiciais: (...). Parágrafo único. Nos casos dos incisos II, IV e VI, o mandado inicial (art. 475-J) incluirá a ordem de citação do devedor, no Juízo cível, para liquidação ou execução, conforme o caso.

³⁰ Para Cleanto Guimarães Siqueira terminada a liquidação prevista no artigo 475-N, em seqüência teremos atos de cumprimento e não de execução, como poderia fazer supor o artigo 475-N, parágrafo único. (*Cadernos de processo Civil – anotações sobre as recentes reformas do Código de Processo Civil*. v. 2. 2006. p. 106, nota 17).

³¹ Tratando da liquidação de sentença arbitral, estabelece Luiz Rodrigues Wambier (*Sentença Civil: Liquidação e Cumprimento*. 3 ed. São Paulo: RT, 2006. p. 212), em sentido contrário ao nosso que: “No caso (liquidação de sentença arbitral, *explicamos*), seguindo-se o procedimento estabelecido nos arts. 475-A e ss., a liquidação dar-se-á por arbitramento ou por artigos, conforme haja apenas necessidade de fixação do valor da condenação por um *expert* em determinada área do saber humano ou para tanto exista a necessidade da prova de fato novo.”

³² Nesse sentido: Ernane Fidélis dos Santos (*As reformas de 2005 do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006. cit., p. 22).

³³ Daisson Flach destaca que hipótese de condenação penal em que não seria necessária a liquidação por artigos, tal situação ocorreria quando diante de condenação pelo crime de injúria, neste caso o arbitramento judicial seria suficiente, uma vez que sendo o dano *in re ipsa*, de natureza extrapatrimonial, não haveria que se falar em fato novo. (In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de (Coord.). *A Nova Execução: Comentários à Lei 11.232, de 22 de dezembro de 2005*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 48). De fato, em alguns casos, a fala do autor pode ser recepcionada pelo disposto no parágrafo único do art. 953 do Código Civil, que dispõe: ‘Art. 953. A indenização por injúria, difamação ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido. Parágrafo único. *Se o ofendido não puder provar prejuízo material, caberá ao juiz fixar, equitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso*’ (destaque nosso).

premissa que os dados respectivos não estarão contidos na decisão arbitral ou na sentença estrangeira. Assim, ainda que os títulos estampados nos incisos IV e VI do art. 475-N em tese possam ser líquidos (o que dispensaria o trânsito pelo art. 475-E), a liquidação por artigos será a via apta para dar impulsionamento ao previsto no parágrafo único da mesma norma.

Junte-se a tais fatos que o próprio parágrafo único do art. 475-N do CPC aduz que a parte contrária será “citada”, invocando para as questões o disposto no art. 475-F, com o objetivo de que a liquidação de sentença siga o procedimento traçado no art. 272 do CPC.³⁴

Deve-se salientar que a liquidação de sentença por artigos terá a natureza de ação secundária não apenas nos casos arrolados no parágrafo único do art. 475-N, já que podemos trazer, em amostragem, outro exemplo bem vulgar³⁵. Com efeito, para fins de apuração da indenização do art. 811 do CPC, faz-se mister a delimitação desta através dos *factos novos* a serem apresentados pelo réu em liquidação por artigos³⁶, uma vez que

³⁴ A liquidação de sentença não é utilizada apenas no rito ordinário, pois se ação que formou o título trilhou pelo rito sumário, a liquidação também seguirá o mesmo caminho procedimental. Neste sentido, ainda sob a égide do art. 609 do CPC, leia-se: Donald Armelin (*A nova disciplina da liquidação de sentença*). In: Teixeira, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 1981. cit. p. 672). A orientação do § 3º do art. 475-A do CPC, contudo, desaconselha a prolação de sentença ilíquida nos casos de demandas encartadas nas alíneas d) e e) do inciso II do art. 275 do CPC.

³⁵ Há mais exemplos. Neste sentido, merece recordação a posição do Supremo Tribunal Federal em decisões para suprir a omissão de norma regulamentadora do art. 8º, § 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Confira-se decisão a respeito: “O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – art. 8º, § 3º – tituló, diretamente, os impetrantes de direito à ‘reparação de natureza econômica’. Deixou para a lei a forma desta reparação. A lei faltou. Não há lei sobre forma de reparação. Mas, o direito a ela decorre diretamente da Constituição. Por isso, voto por assegurar aos impetrantes o exercício do direito a esta indenização, nos termos do direito comum e assegurado pelo parágrafo 3º do artigo 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mediante ação de liquidação, independentemente de sentença de condenação, para a fixação do valor da indenização” (STF, MI 543-5/DF, voto de condução do Ministro Nelson Jobim, DJU, de 24.5.2002). Examinamos a liquidação de sentença em sede de mandado de injunção no seguinte estudo: Título executivo, liquidação de sentença e coisa julgada no mandado de injunção: análise a partir dos precedentes do Supremo Tribunal Federal (art. 8º, § 3º, ADCT). In: *Execução e arbitragem: estudos em homenagem ao Professor Paulo Furtado*. Fredie Didier Jr. (Coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. Confira-se também nosso texto panorâmico sobre o instituto, a saber: Mandado de injunção. In *Ações constitucionais*. Fredie Didier Jr. (org.). Salvador: Juspodivm, 2006, p. 143-211.

³⁶ Em sede doutrinária: “O procedimento de liquidação por artigos deve ser utilizado para que se possam apurar os prejuízos sofridos pelo réu de processo cautelar, sempre que se estiver diante de qualquer das hipóteses previstas no art. 811 do CPC.” Cf: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil 2*. São Paulo: RT, 2006, p. 124.

difícilmente a sentença proferida no processo cautelar terá o condão de determinar, com os elementos do processo, os prejuízos sofridos pela parte passiva.³⁷⁻³⁸.

Portanto, nos casos – que serão expressiva maioria³⁹ – em que a liquidação por artigos importar em apresentação de alegações pelas partes, desencadeando atividade intelectual judicante de alto grau, não se pode dizer que estamos tratando de simples incidente,⁴⁰ mantendo-se a natureza em seu átomo (*ação secundária*). Ora, seria no caso do inciso II do art. 475-N do CPC a liquidação por artigos um incidente do processo penal? E no caso do parágrafo único art. 811 do CPC, teria função de “incidente indenizatório” do processo cautelar?

Dessa forma, cremos que a liquidação por artigos mantém a sua estrutura nuclear, sendo pouco abalada pela Lei 11.232/05, não sendo lícito afirmar doravante que o instituto se transmutou de ação de conhecimento para simples incidente.

³⁷ Confira-se: “(...) Liquidação por artigos. Desapossamento de veículo em decorrência de liminar obtida em ação cautelar, posteriormente julgada improcedente. Artigo 811, I, do CPC. (...). Pretensões indenizatórias acolhidas: depreciação do veículo e juros pagos pelo financiamento visando à aquisição de outro veículo em substituição ao que foi objeto da ação cautelar. Gastos com locação de outro(s) veículo(s).” (TJRS, Apelação Cível Nº 70007123151, Décima Quarta Câmara Cível, Relator Desembargador Antônio Corrêa Palmeiro da Fontoura, j. 25/11/2004); “Processual Civil. Cautelar inominada. Deferimento de liminar. Improcedência da ação. Aplicação do artigo 811, inciso I, do CPC. Liquidação por artigos. Possibilidade.” (TJRS, Agravo de Instrumento Nº 70000971796, Quinta Câmara Cível, Relator Desembargador Carlos Alberto Bencke, j. 08/06/2000). Vale conferir ainda: STJ, REsp. 169.355/SP, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, 3ª Turma, j. 18.03.1999, DJ 10.05.1999, p. 170; STJ, REsp. 89.788/RJ, Rel. Ministro Waldemar Zveiter, 3ª Turma, j. em 20.05.1997, DJ 22.09.1997, p. 46.443.

³⁸ Prevalece o entendimento de que sequer é necessário que o magistrado aponte na sentença a formação de título executivo em favor do réu, pois, trata-se de *efeito anexo* à decisão final. Neste sentido: “Responsabilidade objetiva. Se foi a ação cautelar de sustação de protesto julgada improcedente, poderá o réu, com base no art. 811, do CPC, pedir, em liquidação, apuração das perdas e danos, *mesmo que não haja sentença condenatória anterior que reconheça tal direito*, pois o caráter objetivo daquela indenização, *dispensa o prévio reconhecimento judicial*” (1º TACivSP, Agravo de instrumento 419.997-5, 5ª, Câmara, Relator Juiz Maurício Vidigal, j. 21.06.1989, destaque nosso); julgado constante da obra *Repertório de jurisprudência e doutrina. Atualidades sobre a liquidação de sentença*. Teresa Arruda Alvim Wambier (Coord.). São Paulo: 1997. p. 341-342.

³⁹ Há casos em que a liquidação por artigos, apesar de voltada à feitura de determinadas provas que não eram possíveis de se obter no momento em que é a sentença prolatada, poderá demandar atividade *cognitiva simplificada*. Estas hipóteses de *baixa densidade na liquidação por artigos* funcionam como *liquidações por arbitramento de natureza qualificada*, já que a prova técnica necessita ser complementada por “material novo”, mas sem redundar em alta cognição. A excepcionalidade, que em nada se confunde com as situações do inciso II do art. 475-N e do parágrafo único do art. 811 do CPC, com alguns sacrifícios, poderá até se encartar como incidente, para atender ao perfil que o legislador quis implementar. No entanto, fique claro que na configuração clássica da liquidação por artigos, a natureza jurídica do instituto é de ação de conhecimento derivada.

⁴⁰ Com forte crítica também ao rótulo de simples incidente: Araken de Assis (*Cumprimento de Sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. cit., p. 106-107).

4.2 Petição e decisão

Ocorrendo caso concreto que reclame liquidação por artigo, deverá o postulante apresentar peça processual apontando de forma clara os elementos que dão supedâneo ao seu pedido de *determinação* do título judicial, com as justificativas da necessidade de alegação e comprovação dos “fatos novos”, não podendo se desviar do art. 475-G do CPC, pois não é lícito modificar os limites do título com a liquidação. É inegável que o ato que inaugura a liquidação por artigo reveste-se de aspecto formal vinculado ao art. 282 do CPC, porquanto suas alegações devem propiciar ao antagônico a apresentação de defesa e, posteriormente, a fixação de pontos controversos pelo julgador, cuja finalidade é delimitar os meandros da dilação probatória.⁴¹

A decisão final trabalhará com as alegações das partes e o material obtido, fixando-se os contornos da indenização, com a formação de coisa julgada material. Por conseguinte, a natureza jurídica da decisão final encarta-se no conceito de sentença, devendo ser, caso necessário, atacada por apelação.⁴²

4.3 Recurso: art. 475-H (agravo)?

Como vimos, a natureza jurídica da liquidação de sentença por artigos implicará resolução por *sentença*. Ocorre que o art. 475-H, desprezando toda a linha estruturante dos arts. 475-E e 475-F, afirma – sem fazer qualquer tipo de ressalva – que “da decisão de liquidação caberá agravo de instrumento”. A regulação não causaria grande transtorno, se o legislador não tivesse revogado o art. 520, III, do CPC. Vejamos:

Face ao efeito limitado do art. 475-H do CPC, nos casos de liquidação por artigos deliberados por sentença, a parte que se sentisse prejudicada valer-se-ia da apelação (art. 513) que, nos termos do art. 520, III, teria apenas efeito devolutivo. No entanto, em

⁴¹ No mesmo sentido está Luis Guilherme Aidar Bondioli (*O Novo CPC: a terceira etapa da reforma*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 57), segundo o qual: “Aqui (art. 475-N, II, IV e VI, explicamos), o requerimento para voltado para a liquidação de sentença ou para ou para o cumprimento de sentença representa a instauração de um novo processo. Não se trata, pois, de simples requerimento, mas sim de petição inicial.”

⁴² Ainda no sistema anterior à Lei 11.232/05, há precedente do STJ no sentido de nossa afirmação: REsp. 767.768/SC, Rel. Ministro Castro Filho, 3ª Turma, j.18.08.2005, DJ 12.09.2005, p. 331.

descuido do legislador, não observando que a apelação subsiste nas liquidações de sentença por artigos, através do art. 9º da Lei 11.232/05, houve a expressa revogação do art. 520, III, do CPC.

Com tal atropelo, sendo proferida sentença na liquidação por artigos, o apelo terá o duplo efeito, isto é, não permitirá que a decisão impugnada surta efeitos enquanto pendente o julgamento do recurso⁴³. Assim, se seguida a boa técnica na escolha do recurso, estar-se-á criando obstáculo que conspira com a idéia reformadora de *aceleração processual*. Talvez essa postura tenha sido *proposita* para impor o agravo de instrumento como modalidade única de recurso na liquidação de sentença, pouco importando a sua natureza.

Se assim o foi, a infelicidade do legislador foi maior ainda. Com efeito, a Lei 11.232/05, ao mesmo tempo em que introduziu o art. 475-H, revogou o art. 520, III, do CPC, ou seja, além de esputar contra o perfil da liquidação por artigos, criou ambiente inseguro que poderá resultar no uso do *princípio da fungibilidade recursal* para se aceitar recurso inadequado (agravo de instrumento) em lugar do correto (apelação), presente que estará – ao menos em termos – a *dúvida objetiva*.⁴⁴⁻⁴⁵⁻⁴⁶

⁴³ Daisson Flach entende que ainda nos casos do art. 475-N, parágrafo único, o recurso cabível será o agravo de instrumento, nos termos do artigo 475-H, segundo o autor: “Aplica-se mesmo nas hipóteses do art. 475-N, parágrafo único, o que estabelece o art. 475-H quanto ao cabimento do agravo”. (In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de (Coord.). *A Nova Execução*: Comentários à Lei 11.232, de 22 de dezembro de 2005. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 62).

⁴⁴ Será necessário aplicar a idéia já consolidada sobre o princípio da fungibilidade em outros casos, citando-se, exemplos, para a localização: “1. É agravável a decisão do juiz que, após incidente processual já resolvido por sentença, autoriza a expedição de alvará e indefere pedido de honorários. 2. Contudo, a circunstância de que o processo seria extinto com a decisão, causando dúvida objetiva, autoriza o recebimento da apelação como agravo para efeito da fungibilidade” (STJ, REsp. 337.094/MG, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, 3ª Turma, j. 29.11.2005, DJ 19.12.2005, p. 393). Importante lembrar que o princípio da fungibilidade já foi utilizado por diversas vezes em “decisão homologatória de liquidação”, tendo em vista a dúvida objetiva sobre o manejo do agravo de instrumento ou da apelação. Confira-se: “Nosso sistema de normas processuais dispõe expressamente ser a apelação o recurso cabível contra decisão homologatória dos cálculos de liquidação, admitindo-se, porém, a conversão como tal de recurso de agravo de instrumento interposto, face a inocorrência de erro grosseiro. Precedentes deste STJ” (STJ, REsp. 131.374/RS, Rel. Ministro Vicente Leal, 6ª Turma, j. 11.11.1997, DJ 09.12.1997 p. 64785);” Em sede de execução admite-se a interposição de agravo de instrumento contra decisão homologatória de cálculo, em face do princípio da fungibilidade, mormente porque há dúvida objetiva quanto ao recurso cabível, evidenciada pela divergência jurisprudencial.”(STJ, EREsp 281.366/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Corte Especial, j. 18.12.2002, DJ 19.05.2003, p. 107).

⁴⁵ Apesar de entender que a apelação será o recurso cabível, Araken de Assis em análise ao problema faz a seguinte ponderação: “Do pronunciamento que julgar a liquidação por artigos, processada em autos apartados, caberá apelação doravante dotada de duplo efeito (art. 520, *caput*). Só o tempo ministrará subsídios mais seguros acerca do mais cômodo às partes. De toda sorte, existirá dúvida objetiva, ensejando a aplicação do princípio da fungibilidade, conhecendo-se o recurso impróprio (agravo de instrumento) em lugar do próprio

Observe-se, no particular, que situações de direito intertemporal poderá tornar a dúvida mais aguda, uma vez que iniciada a liquidação de sentença como ação, a entrada em vigor da Lei 11.232/05 influenciará na natureza jurídica da sua decisão final, caso ainda não tenha sido lançada aos autos?

Em nossa opinião, se a liquidação de sentença não foi sequer apresentada, o *aperfeiçoamento da sentença* seguirá os novos ditames, não obstante o título e/ou a coisa julgada tenha(m) sido obtido(s) sob a égide da lei velha.⁴⁷⁻⁴⁸ Diversamente, já iniciada a liquidação, com sua *consumação* (isto é, *formada a relação processual liquiidanda*), não será mais possível seguir o novo rito, conformando-se a relação jurídica com as regras procedimentais anteriores⁴⁹, até porque, antes da Lei 11.232/05, havia a exigência de apresentação de petição inicial em todos os casos de liquidação por arbitramento e artigos, em decorrência do (revogado) disposto no art. 603 do CPC.⁵⁰⁻⁵¹

(apelação). E do ato decisório que julgar a liquidação por artigos incidental, a execução definitiva, se mostrará impugnável por agravo de instrumento (art. 475-H)”. (*Cumprimento de Sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 129).

⁴⁶ Luis Guilherme Aidar Bondioli (*O Novo CPC: a terceira etapa da reforma*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 80) vislumbra também a possibilidade de aplicação do princípio da fungibilidade.

⁴⁷ Esta foi a posição vencedora quando da entrada em vigor da Lei 8.898/94 que alterou a liquidação de sentença no passado. “Processual civil. Cálculos. Liquidação de sentença. Homologação. Lei 8.898/94. Direito intertemporal. A Lei 8.898/94, que alterou o art. 604 do CPC, suprimindo a liquidação por cálculos do contador, incide nos processos em que os cálculos ainda não haviam sido homologados. ‘Se ainda estavam sendo cumpridos os trâmites da liquidação por cálculo do contador no dia em que a lei n. 8.898 entrou em vigor, estanca-se essa atividade e cumpre ao credor, desde logo, propor a execução na forma dos arts. 604 e 614, inc. II, anexando à petição inicial memória atualizada do crédito.’ (precedentes)” (STJ, REsp. 296.208/SP, Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, 5ª Turma, j. 21.06.2001, DJ 03.09.2001, p. 244). Igualmente: STJ, REsp. 243.739/ES, Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, 5ª Turma, j. 08.06.2000, DJ 07.08.2000, p. 143).

⁴⁸ Conforme defendemos na obra: *Reforma do CPC: Leis 11.187/2005, 11.232/2005, 11.276/2006, 11.277/2006 e 11.280/2006*. São Paulo: RT, 2006, cap. 6. p. 197.

⁴⁹ No sentido (também com olhos na Lei 8.898/94): “Ação de execução proposta antes da vigência do novo sistema. Impossibilidade de cumprimento do novo comando legal, por ausência na inicial, de cálculo oferecido pelo exequente, com conseqüente impossibilidade de impugnação, através de embargos do devedor, por excesso de execução. Evitação de injustiças, na aplicação intertemporal de leis. Admissão, no caso concreto, de impugnação oferecida pelo devedor, a falta de embargos” (TJRS, Agravo de Instrumento 598407294, Nona Câmara Cível, Relator: Tupinambá Pinto de Azevedo, Julgado em 23/03/1999). Próximo: TARS, Agravo de Instrumento 195086335, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Alçada do RS, Relator Juiz Heitor Assis Remonti, j. 05/09/1995.

⁵⁰ Ernane Fidélis dos Santos parece concordar com nossa posição: *As reformas de 2005 do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 142.

⁵¹ Ainda sobre direito intertemporal conferir Cássio Scarpinella Bueno (*A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*. Vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 63-34).

Assim, esta situação de direito intertemporal, que causa dúvida concreta quanto à natureza jurídica da decisão que julgará a liquidação [sentença (segundo a lei revogada que se aplicava no momento do *ajuizamento* da liquidação) ou decisão interlocutória (conforme dispõe a Lei 11.232/05, que entrou em vigor antes da resolução da liquidação)], poderá ser transportada para efeito de se invocar o *princípio da fungibilidade recursal*, uma vez que, repita-se, não haverá ambiente seguro e hígido em todas as hipóteses de interposição de recurso contra decisão final que deliberar sobre a liquidação de sentença.

5.LIQUIDAÇÃO EM “AMBIENTE DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL”.

O exame das Leis 11.232/05 e 11.382/06 parece indicar que nosso sistema não admite a liquidação dos títulos extrajudiciais, pois nada foi inserido de novo a respeito do palpitante tema.⁵² Ao contrário, dada a nova redação implementada pela Lei 11.382/06 nos arts. 580⁵³ e 586⁵⁴ do CPC, o legislador parece ter firmado posição em somente admitir a execução de obrigações já *liquidadas*, isto é, que não necessitam de qualquer aperfeiçoamento judicial.

Sem prejuízo, leitura atenta da Lei 11.382/06 indica que podem ocorrer alguns pontos de contato de seus dispositivos com as regras de liquidação de sentença, remodeladas através da Lei 11.232/05. Neste sentido, o legislador - ao manter disposições

⁵² Pesquisa na boa doutrina informa que existem estudos que questionam a restrição de liquidação de sentença apenas para os títulos executivos judiciais. Em excelente texto, o professor Carlos Henrique Bezerra Leite apresenta a problemática, com os olhos no Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) (*Liquidação na ação civil pública*. São Paulo: LTR, 2004, p. 105-109) Parecendo seguir linha próxima na questão do TAC, confirma-se ainda: Patrícia Miranda Pizzol (*Liquidação nas ações coletivas*. São Paulo: Lejus, 1998, p. 209-211). Olavo de Oliveira Neto vai mais longe, admitindo a aplicação do (revogado) art. 603 do CPC (hoje art. 475-A) nos títulos extrajudiciais, pois a seu ver a restrição viola “o princípio do direito de ação” (*Liquidação de sentença*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1988, p. 09). Em texto recente sobre a reforma processual, gentilmente cedido pelo autor, o jurista ratifica sua posição no particular (O novo perfil da liquidação de sentença. In *Processo de Execução Civil - Modificações da Lei 11.232/05*. Paulo Hoffman e Leonardo Ferres da Silva Ribeiro (Coords). São Paulo, Quartier Latin, p. 189-190).

⁵³ “Art. 580. A execução pode ser instaurada caso o devedor não satisfaça a obrigação certa, líquida e exigível, consubstanciada em título executivo.”

⁵⁴ “Art. 586. A execução para cobrança de crédito fundar-se-á sempre em título de obrigação certa, líquida e exigível.”

semelhantes aos parágrafos do art. 744 do CPC (totalmente revogado) – permitiu em certa medida a liquidação no *curso da execução*, caso venha a se discutir retenção por benfeitorias e acessões, em sede de embargos de retenção (art. 745, IV, § 1º e § 2º)⁵⁵. De outra banda, o noviço art. 739-B do CPC parece possuir área de toque com normas ligadas à liquidação de sentença, em especial o art. 475-A, § 2º, do CPC. Senão vejamos:

5.1 A redação do art. 745, IV, § 1º e § 2 do CPC após a Lei 11.382/06 ⁵⁶

De plano, merece registro que houve na Lei 11.382/06 pequeno cochilo que pode importar em embaraço no deslinde dos embargos de retenção. Isso porque o novo inciso IV do art. 745, acrescida da revogação do art. 744 do CPC, não pode conduzir à idéia de que o executado está agora dispensado de fazer – na inicial dos embargos – a completa descrição, pretérita e atual, das características do bem que há de ser entregue, indicando, de forma fundamentada, o resultado físico e valorativo da atividade humana empreendida.⁵⁷

⁵⁵ Observe-se que há espaço para outras situações com *liquidações incidentais* no curso de execução instrumentalizada com título executivo extrajudicial, como é a hipóteses em que é frustrada a execução específica. Nesse sentido: Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier, José Miguel Garcia Medina (*Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil 2*. São Paulo: RT, 2006, p.100-101). Confira-se, também: Luiz Rodrigues Wambier (*Sentença Civil: Liquidação e Cumprimento*. 3 ed. São Paulo: RT, 2006, p. 100-101). Abordamos - no presente texto - apenas com as questões expressamente tratadas pela Lei 11.382/06.

⁵⁶ Debruçamos-nos sobre as alterações inseridas pela Lei 11.382/06 na redação do art. 745, IV, do CPC e, em especial, o novo perfil dos embargos de retenção, no seguinte estudo: Matérias que podem ser objeto dos embargos à execução de título extrajudicial (análise do novo rol). In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção et al. *Reforma do CPC: Leis 11.382/2006 e 11.341/2006*. São Paulo: RT, 2007, cap. 60, p. 590-597.

⁵⁷ O equívoco legislativo em não reproduzir no art. 745 regra semelhante à do antigo § 1º do art. 744 do CPC não desnatura a causa de pedir dos embargos à retenção, que se não for trazida de forma completa e pormenorizada, poderá comprometer o deslinde saudável da lide, com prejuízo, inclusive, à defesa do exequente nos embargos (art. 740). Por essa razão, à peça inicial de embargos que não atentar para estas exigências, deverá ser imposto óbice de admissibilidade sítido no inciso II do art. 739 do CPC que, em nossa visão, incorpora integralmente todas as hipóteses do art. 295, inclusive porque vinculadas à admissibilidade de qualquer ação. Neste caso, considerando a natureza sanável deste vício, deverá o juiz intimar o executado para emendar a inicial (art. 284), apresentando descrição mínima do bem na forma acima, sob pena de extinção do processo. Nestas condições, ao menos perante nossos olhos, a exigência de especificação que estava traçada no § 1º do art. 744 do CPC se mantém, devendo o executado cravar nos embargos a completa descrição das benfeitorias e/ou acessões (com indicativo de sua natureza, custo da época e atual), assim como o estado anterior e atual da coisa e, finalmente, a valorização ocorrida no bem por força da atividade humana implementada, sob pena de indeferimento da inicial. Próximos a nossa posição, confira-se: Cassio Scarpinella Bueno (*A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil. Vol. 3*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 297), Humberto Theodoro Júnior. (*A reforma da execução do título extrajudicial*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 212), Leonardo Ferres da Silva Ribeiro (*Nova execução de título extrajudicial: Lei 11.382/2006, comentada artigo por artigo*. In SACCO NETO, Fernando... [et al] São Paulo: Método, 2007, p. 232) e Ricardo de

Nada obstante o pequeno vacilo acima denunciado, vale notar que o atual § 1º do art. 745 do CPC possui semelhança ao (revogado) § 2º do art. 744, ao passo que o § 2º tem como antecessor o § 3º do art. 744. Vejamos:

Dispositivos revogados	Nova redação
<p>Art. 744 – § 2º Na impugnação aos embargos poderá o credor oferecer artigos de liquidação de frutos ou de danos, a fim de se compensarem com as benfeitorias.</p>	<p>Art. 745 – § 1º Nos embargos de retenção por benfeitorias, poderá o exequente requerer a compensação de seu valor com o dos frutos ou danos considerados devidos pelo executado, cumprindo ao juiz, para a apuração dos respectivos valores, nomear perito, fixando-lhe breve prazo para entrega do laudo.</p>
<p>Art. 744 – § 3º O credor poderá, a qualquer tempo, ser imitado na posse da coisa, prestando caução ou depositando:</p> <p>I - o preço das benfeitorias;</p> <p>II - a diferença entre o preço das benfeitorias e o valor dos frutos ou dos danos, que já tiverem sido liquidados.</p>	<p>Art. 745 – § 2º O exequente poderá, a qualquer tempo, ser imitado na posse da coisa, prestando caução ou depositando o valor devido pelas benfeitorias ou resultante da compensação.</p>

Barros Leonel (*Reformas recentes do processo civil: comentário sistemático*. São Paulo: Método, 2007, p. 141).

No comparativo acima, vê-se que no § 1º do art. 745 foi mantida a possibilidade de o *exequente* requerer o *abatimento* – através de *compensação* – do seu crédito, decorrentes de eventuais frutos e danos,⁵⁸ junto ao valor que terá que pagar ao executado pela absorção das benfeitorias.

A superfície do § 1º do art. 745 do CPC está voltada para dar *operabilidade* ao disposto no art. 1.221 do Código Civil⁵⁹, uma vez que a lei material garante a compensação dos danos com o valor a ser ressarcido a título de indenização por benfeitorias. Assim, na situação prevista no § 1º do art. 745, por opção legislativa, foi permitida, em sede de embargos de retenção, compensação que está fora dos trilhos do art. 369 do Código Civil⁶⁰, já que tanto o valor das benfeitorias quanto o montante dos frutos e danos são valores ilíquidos. Mais ainda, a compensação será deflagrada com base em laudo pericial, que deve ser colhido com brevidade.

Logo, apesar de a redação do § 1º do art. 745 do CPC ter abolido a expressão ‘*artigos de liquidação*’, tem-se que o legislador manteve em favor do exequente a possibilidade de instaurar – de forma *incidental* – *liquidação por artigos*, visando apurar o montante a que tem direito pelos frutos ou danos considerados devidos pelo executado para compensar com o valor que se apurar referente às benfeitorias, ou seja, há a *permissão legal de liquidação de natureza incidental*⁶¹ em benefício do exequente.⁶² Sobre o tema,

⁵⁸ Ao abordar a compensação dos créditos decorrentes de “frutos e danos”, Paulo Henrique Lucon expõe que: “(...) refere-se mais precisamente aos lucros cessantes em razão da não utilização do bem (compreendendo aqui os frutos) e aos danos emergentes provocados na coisa em razão de sua indevida utilização ou falta de conservação” [In: Antonio Carlos Marcato (Coord.), *Código de Processo Civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 2.115].

⁵⁹ “Art. 1.221. As benfeitorias compensam-se com os danos, e só obrigam ao ressarcimento se ao tempo da evicção ainda existirem.”

⁶⁰ “Art. 369. A compensação efetua-se entre dívidas líquidas, vencidas e de coisas fungíveis.”

⁶¹ Parecendo concordar com o caráter incidental da apuração, confira-se: Cassio Scarpinella Bueno (*A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*. Vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 297).

⁶² Ricardo de Barros Leonel afirmou que o atual art. 745, IV, § 1º, do CPC mantém o mesmo perfil processual do dispositivo antecedente, com adequação ao direito material em voga, na medida em que afastou qualquer possibilidade de embargos de retenção por benfeitorias voluptuárias, situação esta que era contrária ao disposto no art. 1.219 do Código Civil de 2002. Confira-se: “Trata-se, em nosso sentir, de adequação técnica. O direito de retenção é material, não processual. Com tal, está definido no Código Civil de 2002, no art. 1.219. e tanto este artigo como o equivalente anterior, no Código de 1916 (art. 516), previram o exercício do

com olhos nos embargos de retenção (art. 745, IV, do CPC), Leonardo Ferres da Silva Ribeiro consignou:

“Pela nova lei, ficou mantido o direito de compensação do exequente, que pode, ao impugnar os embargos, pleitear a liquidação do crédito a que faz jus a título de perdas e danos e pagamento de frutos, mediante perícia nos próprios autos (§ 1º). Na lei anterior, esclarecia-se que a liquidação se dava por artigos no processo de embargos, ao passo que a nova lei menciona este mister que ‘cumprirá ao juiz, para a apuração dos respectivos valores, nomear perito, fixando-se breve prazo para a entrega do laudo. A despeito do silêncio da lei, não nos parece tenha havido alguma mudança significativa, permanecendo a mesma sistemática. Assim, entendendo o exequente que tem valores a compensar com aqueles que deve a título de indenização por benfeitorias, ao impugnar os embargos pleiteará a liquidação por artigos (CPC, art. 475-E) do crédito a que faz jus, de forma a permitir a compensação”.⁶³

Como bem indicado pela doutrina acima transcrita, cuida-se de hipótese de *liquidação por artigos*, tendo em vista que será necessária a prova de *fato novo* (crédito do exequente decorrente de frutos ou danos considerados devidos pelo executado em confronto ao valor indenizatório das benfeitorias em favor do executado-embargante).⁶⁴

Todavia, a natureza *incidental* de tal liquidação por artigos é peculiar, não se moldando ao exato gabarito do procedimento iniciado no art. 475-E. Isso porque não terá a função de *propiciar liquidez* ao título executivo extrajudicial (que já é líquido na obrigação para a entrega da coisa), mas apenas e tão somente de, em favor de uma concentração saudável, apurar e confrontar, em forma de *compensação*, o valor negativo contra o exequente (indenização que terá que pagar pelas benfeitorias necessárias e úteis - art. 745,

direito de retenção somente quanto às benfeitorias necessárias e úteis, não quanto às voluptuárias. Estas dão direito apenas à indenização ou a sua retirada, esta se possível sem danificação da coisa” (*Reformas recentes do processo civil: comentário sistemático*. São Paulo: Método, 2007, p. 142).

⁶³ *Nova execução de título extrajudicial: Lei 11.382/2006, comentada artigo por artigo*. In: SACCO NETO, Fernando... [et al] São Paulo: Método, 2007, p. 232.

⁶⁴ Com mira no revogado art. 744, § 2º, também entendendo ser hipótese de *liquidação por artigos*: Antônio Cláudio da Costa Machado (*Código de Processo Civil Interpretado*. 4ª ed.. São Paulo: Manole, 2004, p. 1.130).

IV, do CPC) com possível saldo em favor deste (em decorrência dos frutos e danos devidos pelo executado, em razão da posse do bem - § 1º do art. 745, do CPC). Assim, há uma *liquidação incidental*, com objetivo exclusivo de propiciar uma *compensação* e não o *aperfeiçoamento* do título que, repete-se, já deve ser líquido para a obrigação de entrega de coisa certa (art. 621 do CPC).⁶⁵

Saliente-se, ainda, que tal *liquidação incidental* – muito embora reclame pedido pelo interessado (isto é, pelo exequente-embargado) não pode ser tida como *reconvenção*⁶⁶, pois a postulação está limitada a uma situação específica, não podendo trazer fatos ou pedidos novos que não os autorizados na letra da lei. A liquidação incidental do § 1º do art. 745 do CPC, portanto, não pode ser projetada para a normatização ampla da reconvenção, razão pela qual, como é *incidente* que demanda *pedido* do exequente, afigura-se, em nossa opinião, como especial forma de *pedido contraposto*.⁶⁷

Conclui-se, assim, que apesar de perfil muito próprio, pois a obrigação certa, líquida e exigível é a entrega do bem, sujeitando-se ao gabarito dos arts. 580 e 586 do CPC, em resposta à postulação da execução (embargos de retenção), o § 1º do art. 745 do CPC

⁶⁵ Neste sentido, apesar de ter traçado comentários sobre a legislação revogada pelas Leis 11.232/05 e 11.382/06, a doutrina de Álvaro Manoel Rosindo Bourguignon dá reforço a nossa posição: “O procedimento desta liquidação, ao nosso ver, é incidental aos embargos de retenção, não se confundindo com aquele previsto no art. 608 do CPC [revogado pela Lei 11.232/05]. Vale dizer, não configura ‘ação de liquidação’, ao menos naqueles moldes. Aquele procedimento tem objetivo dotar de liquidez título judicial, a fim de que se torne exequível, ou seja, apto a deflagrar, validamente, o processo de execução (arts 580 e 618, I, do CPC). O art. 744, § 2º [Revogado pela Lei 11.382/06 – hoje art. 745, § 1º, do CPC], implica também em *liquidação*, mas como procedimento incidente e acessório, voltado a que, na realização da perícia de apuração do valor das benfeitorias, apure-se concomitantemente o valor dos frutos e danos, compensando-se umas e outros” (*Embargos de retenção por benfeitorias*. São Paulo: RT, 1990, p. 246).

⁶⁶ Afirmando se tratar o (revogado) § 2º do art. 744 do CPC hipótese de reconvenção, confira-se: Amílcar de Castro (*Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. III. São Paulo: RT, 1974, p. 409) e Antônio Cláudio da Costa Machado (*Código Civil Interpretado*. 4ª ed. São Paulo: Manole, 2004, p. 1.130).

⁶⁷ Em linhas gerais, *pedido contraposto* e *reconvenção* são técnicas processuais de ampliação objetiva da lide, com duas diferenças básicas: (a) o pedido contraposto deve se fundar *nos mesmos fatos trazidos pela parte antagonista*, não podendo aumentar o espectro fático da demanda, o que não ocorre na reconvenção, em que é lícito reconvir a partir da *conexão* com a ação do autor ou com fundamento de defesa (art. 316, CPC), ou seja, é possível abrir a discussão, alargando-se, em vários casos a controvérsia; (b) a reconvenção tem trânsito livre no processo de conhecimento, bastando o encaixe no art. 316 do CPC, ao passo que o pedido contraposto tem aplicação restrita, pois somente poderá ser postulado se a lei expressamente autorizar, elegendo o legislador, previamente, as suas hipóteses de cabimento (no CPC, tire-se como exemplos o art. 278, § 1º e o art. 922, segunda parte; no Código Civil o art. 479). Todavia, exceto as diferenças apontadas, os institutos detêm natureza afim, sendo o pedido contraposto forma de resposta (em *contra-ataque*), embora não conste expressamente do rol do art. 297 do CPC. Sobre *pedido contraposto*, confira-se: Rodrigo Reis Mazzei [Notas iniciais à leitura do novo Código Civil. In: *Comentários ao Código Civil brasileiro*. Arruda Alvim; Thereza Alvim (Coords.). Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. I, nota 248).

permite que seja deflagrada, mediante pedido do interessado, *liquidação incidental* que, pelas características da cognição, seguirá – com adaptações – a linha da *liquidação por artigos*, dada a necessidade de dilação probatória atrelada à demonstração de *fato novo*.⁶⁸

5.2 Aplicação do art. 739-B do CPC para a *liquidação de apenamento judicial*

Além do § 1º do art. 745 do CPC, há na Lei 11.382/06 uma novidade legislativa que poderá propiciar boa comunicação com alguns dispositivos ligados à liquidação de sentença. Com efeito, trazido pela Lei 11.382/06, o art. 739-B do CPC⁶⁹ autoriza a cobrança de multa ou de indenizações decorrentes de litigância de má-fé no próprio processo em que foram aplicadas, ainda que tal missão se dê em autos apensados.

Em nossa opinião, muito embora tenha o art. 739-B surgido através da Lei 11.382/06, o dispositivo detém planície própria para a satisfação (*e também para a liquidação*⁷⁰) de toda e qualquer apenamento ou indenização judicial (e não apenas os decorrentes da litigância de má-fé, como pode se entender através de uma interpretação restritiva).⁷¹

Há, sem dúvida, aproveitamento do art. 739-B CPC para decisões ocorridas em *cumprimento de sentença*, até porque o art. 475-R do CPC determina a aplicação subsidiária dos dispositivos da execução de título extrajudicial para tal, de modo bem genérico.⁷² Ademais, não suficiente a vontade expressa do legislador, não se pode dar ao

⁶⁸ No termos do que aqui desenvolvemos nos itens 3.1, 4. e 4.1 do presente estudo.

⁶⁹ “Art. 739-B - A cobrança de multa ou de indenizações decorrentes de litigância de má-fé (arts. 17 e 18) será promovida no próprio processo de execução, em autos apensos, operando-se por compensação ou por execução”.

⁷⁰ Observe-se, no art. 739-B do CPC, que há referência à possibilidade de *compensação*, ou seja, de apuração de valor que levará em conta os créditos do exequente (contra o executado) com os eventuais créditos do executado (contra o exequente). Esta dicção torna intuitiva a possibilidade de liquidação para, após apurado o saldo, se iniciar a execução autorizada pela via do art. 739-B do CPC.

⁷¹ Adotamos posição de interpretação extensiva do art. 739-B do CPC, consoante defendemos em recente texto: *Reforma do CPC 2*. São Paulo: RT, p. 542-550.

⁷² Vale lembrar ainda que o art. 475-R dispõe que: “Aplicam-se subsidiariamente ao cumprimento da sentença, no que couber, as normas que regem o processo de execução de título extrajudicial”.

art. 739-B interpretação desapegada ao *cumprimento de sentença*, pois toda a execução que for implementada com base no dispositivo em tela (art. 739-B) terá como base um *título executivo judicial*, sujeitando-se, via de talante, ao *cumprimento de sentença*. Basta pensar, por exemplo, em situação que envolva a fixação da multa protelatória do parágrafo único do art. 740 do CPC. Até a fixação do apenamento judicial, o exeqüente, *a priori*, somente detinha o título executivo extrajudicial, mas, pela atitude do executado (que se valeu de embargos manifestamente protelatórios), foi formado no corpo dos embargos um (novo) título executivo em favor do exeqüente, de natureza *judicial*, à margem e sem qualquer interferência no título extrajudicial que já estava sendo executado. Em outras palavras, a fixação de multa judicial – ainda que no curso da execução amparada em título executivo extrajudicial – criou novo título (agora judicial) em prol do exeqüente, cuja cobrança deverá seguir seus meandros adequados que, às claras, será o *cumprimento da sentença*.

Neste diapasão, se há diálogo direto do art. 739-B com as disposições atreladas ao *cumprimento de sentença*, será possível, exemplificando, a conjugação de tal dispositivo com o § 2º do art. 475-A⁷³, que permite liquidar a decisão judicial antes mesmo do julgamento do recurso, pouco importando ter este efeito suspensivo ou não.

Com tal possibilidade (e dando interpretação mais elástica ao art. 739-B), algumas decisões que podem ser proferidas no curso de execução de título extrajudicial poderão alcançar a liquidação de sentença mesmo antes do trânsito em julgado, valendo-se a parte interessada da simbiose do art. 739-B com o art. 475-A, § 2º, do CPC, para adiantar a liquidação no *período morto* em que as partes aguardam o julgamento do recurso.⁷⁴

⁷³ Art. 475-A. Quando a sentença não determinar o valor devido, procede-se à sua liquidação. (...)

§ 2º A liquidação poderá ser requerida na pendência de recurso, processando-se em autos apartados, no juízo de origem, cumprindo ao liquidante instruir o pedido com cópias das peças processuais pertinentes.

⁷⁴ Basta pensar no julgamento de procedência dos embargos à execução, em que foi verificado que a dívida reclamada estava paga pelo embargante (executado), podendo este se valer o art. 574 do CPC (Art. 574. “O credor ressarcirá ao devedor os danos que este sofreu, quando a sentença, passada em julgado, declarar inexistente, no todo ou em parte, a obrigação, que deu lugar à execução”). No exemplo, não será necessário se aguardar o trânsito em julgado para se iniciar a liquidação (art. 475-A do CPC) e a (eventual) execução seguirá o rito do art. 739-B do CPC. O insucesso de ação cautelar movida pelo exequente, antecedente ou incidentalmente à execução, também poderá dar ensejo à liquidação, na forma do art. 811 do CPC [Art. 811. Sem prejuízo do disposto no art. 16, o requerente do procedimento cautelar responde ao requerido pelo prejuízo que lhe causar a execução da medida: I - se a sentença no processo principal lhe for desfavorável; II - se, obtida liminarmente a medida no caso do art. 804 deste Código, não promover a citação do requerido dentro em 5 (cinco) dias; III - se ocorrer a cessação da eficácia da medida, em qualquer dos casos previstos no

A autorização para o início da liquidação estará no art. 475-A, § 2º, do CPC, e tão logo apurado o *quantum* e eficácia da decisão liquidanda, o caminho do *cumprimento de sentença* – ainda que a multa tenha sido obtida no curso de execução de título extrajudicial (ou nas suas ações incidentais) seguirá a trilha de cobrança prevista no art. 739-B do CPC.

6. REFERÊNCIAS

ABELHA, Marcelo. *Manual de Execução Civil*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

ÁLVARES, Samantha Lopes. Apontamentos sobre o novo regime da liquidação de sentença. In: HOFFMAN, Paulo; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva (Coords.). *Processo de Execução Civil. Modificações da Lei 11.232/05*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 111-127.

ALVIM, J. E. Carreira; CABRAL, Luciana Gontijo Carreira Alvim. *Cumprimento da Sentença: Comentários à nova execução da sentença e outras alterações introduzidas no Código de Processo Civil (Lei 11.232/05)*. Curitiba: Juruá, 2006.

ANUNCIACÃO, Orlene Aparecida. Execução de sentença ante a Lei no. 11.232 de 22 de dezembro de 2005: antigos problemas, novas tendências e busca incessante da efetividade. In *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 36. Março de 2006.

ARMELIN, Donaldo. A nova disciplina da liquidação de sentença. In: *Reforma do código de processo civil*. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). São Paulo: Saraiva, 1996.

ARRUDA, Antônio Carlos Matteis de. A nova liquidação de sentença. In: *Execução Civil e cumprimento da sentença*. BRUSCHI, Gilberto Gomes (Coord.). São Paulo: Método, 2006. p. 21-35.

art. 808, deste Código; IV - se o juiz acolher, no procedimento cautelar, a alegação de decadência ou de prescrição do direito do autor (art. 810). Parágrafo único. A indenização será liquidada nos autos do procedimento cautelar].

ARRUDA ALVIM, Eduardo. *Mandado de segurança no direito tributário*. São Paulo: RT, 1997.

ARRUDA ALVIM, José Manuel. *A argüição de relevância no recurso extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

_____. *Manual de direito processual civil: parte geral*, vol. 1. 7 ed. rev., atual e ampl., 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ASSIS, Araken. *Cumprimento de Sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. *Manual do processo de execução*. 7. ed. São Paulo: RT, 2001.

BARIONI, Rodrigo. A Competência na Fase do Cumprimento da Sentença. In: HOFFMAN, Paulo; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva (Coords.). *Processo de Execução Civil. Modificações da Lei 11.232/05*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *O Novo CPC: a terceira etapa da reforma*. São Paulo: Saraiva, 2006.

BOURGUIGNON, Álvaro Manoel Rosindo. *Embargos de retenção por benfeitorias*. São Paulo: RT, 1990.

BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova Etapa da Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 1.

_____. *A nova Etapa da Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 3.

BRUSCHI, Gilberto Gomes; NOTARIANO JÚNIOR, Antônio. Os Prazos Processuais e o Cumprimento da Sentença. In: BRUSCHI, Gilberto Gomes (Coord.). *Execução Civil e Cumprimento de Sentença*. São Paulo: Método, 2006.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *A Nova Execução de Sentença*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Cumprimento da Sentença Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CARVALHO, Fabiano. *Liquidação de Sentença: Determinação do Valor por Cálculo Aritmético, de Acordo com a Lei 11.232/2005*. In: HOFFMAN, Paulo; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva (Coords.). *Processo de Execução Civil. Modificações da Lei 11.232/05*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 45-58.

CASTRO, Amilcar. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. III. São Paulo: RT, 1974.

CHAVES, Luciano Athayde. *A recente reforma no processo comum – reflexos no direito judiciário do trabalho*. São Paulo: LTr, 2006.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. In: JORGE, Flávio Cheim; DIDIER JÚNIOR, Fredie; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *A Terceira Etapa da Reforma Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____; OLIVEIRA, Rafael. *Benefício da justiça gratuita: aspectos processuais da Lei de Assistência Judiciária*. Salvador: Juspodivm, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

FERRARA, Francesco. *Interpretação e aplicação das leis*. 3 ed. Tradução de Manuel A. Domingues de Andrade. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1978.

FLACH, Daisson. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de (Coord.). *A Nova Execução: Comentários à Lei 11.232, de 22 de dezembro de 2005*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Terceira Fase da Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Método, 2006.

GONÇALVES, Tiago Figueiredo Gonçalves. A ‘liquidação’ e obrigação imposta por sentença em demanda metaindividual. In MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias. *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Reformas recentes do processo civil: comentário sistemático*. São Paulo: Método, 2007.

LIMA, Alcides Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. 6., tomo II, 2 ed. Forense: Rio de Janeiro, 1977.

LISBOA, Celso Anicet. *A Reforma do Código de Processo Civil: Comentários às Leis nos 11.187, de 19 de Outubro de 2005 (Agravo), e 11.232, de 22 de Dezembro de 2005 (Fase de Cumprimento de Sentença)*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Código de Processo Civil interpretado*. Coord. Antonio Carlos Marcato. São Paulo: Atlas, 2004.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Código de Processo interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. 4 ed. Barueri: Manole, 2004.

MAZZEI, Rodrigo. Liquidação de sentença. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção, et al. *Reforma do CPC: Leis 11.187/2005, 11.232/2005, 11.276/2006, 11.277/2006 e 11.280/2006*. São Paulo: RT, 2006.

_____. *Reforma do CPC 2: Leis 11.382/2006 e 11.341/2006*. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção, et al. São Paulo: RT, 2007

_____. Notas iniciais à leitura do novo Código Civil. In: *Comentários ao Código Civil brasileiro*. Arruda Alvim; Thereza Alvim (Coords.). Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. I.

_____. Título executivo, liquidação de sentença e coisa julgada no mandado de injunção: análise a partir dos precedentes do Supremo Tribunal Federal (art. 8º, § 3º, ADCT). In: *Execução e arbitragem: estudos em homenagem ao Professor Paulo Furtado*. Fredie Didier Jr. (Coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. (no prelo).

_____. Mandado de injunção. In *Ações constitucionais*. Fredie Didier Jr. (Org.). Salvador: Juspodivm, 2006, p. 143-211.

MONTENEGRO FILHO, Misael. *Cumprimento da Sentença e outras Reformas Processuais*. São Paulo: Atlas, 2006.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 9 ed. São Paulo: RT, 2006.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção, et al. *Reforma do CPC 2*. São Paulo: RT, 2007.

OLIVEIRA NETO, Olavo. *Liquidação de sentença*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1988, p. 9.

_____. O Novo Perfil da Liquidação de Sentença. In: HOFFMAN, Paulo; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva (Coords.). *Processo de Execução Civil. Modificações da Lei 11.232/05*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 185-211.

PIZZOL, Patrícia Miranda. *Liquidação nas ações coletivas*. São Paulo: Lejus, 1998.

RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *Nova execução de título extrajudicial: Lei 11.382/2006, comentada artigo por artigo*. In: SACCO NETO, Fernando, et al. São Paulo: Método, 2007.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. *As reformas de 2005 do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006.

TALAMINI, Eduardo. A determinação do cálculo do crédito por simples cálculo. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Repertório de jurisprudência e doutrina. Atualidades sobre a liquidação de sentença*. São Paulo: RT, 1997.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *A reforma da execução do título extrajudicial*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. *As novas Reformas do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. *Processo de execução*. 19 ed. São Paulo: Leud, 1999.

SANTOS, Caio Augusto Silva dos Santos. A efetividade do processo e a liquidação da sentença. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos da nova execução 3*. São Paulo: RT, 2006.

SHIMURA, Sergio. *Título executivo*. Saraiva: São Paulo, 1997.

SIQUEIRA, Cleanto Guimarães. *Cadernos de processo Civil – anotações sobre as recentes reformas do Código de Processo Civil*. v. 2. 2006.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil 2*. São Paulo: RT, 2006.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Sentença Civil: Liquidação e Cumprimento*. 3 ed. São Paulo: RT, 2006.

_____. *Liquidação de Sentença*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Título executivo e liquidação*. 2 tir. São Paulo: RT, 1999.

**BREVES OBSERVAÇÕES SOBRE OS PRINCÍPIOS DA
IMPARCIALIDADE E NEUTRALIDADE DO MEDIADOR: CONCEITUAÇÃO,
IMPORTÂNCIA E ALCANCE PRÁTICO DESSES PRINCÍPIOS EM UM
PROCESSO DE MEDIAÇÃO**

Sumário: 1. *Apresentação do trabalho.* 2. *Princípio da Imparcialidade.* 2.1 *Conceituação e importância.* 2.2 *Alcance prático* 3. *Neutralidade do Mediador.* 3.1 *Conceituação e importância.* 3.2. *Alcance prático.* 4. *Síntese Conclusiva.* 5. *Bibliografia.*

VITOR CARVALHO LOPES

Mestre em Direito Processual da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Participante do Curso de Pós Graduação em Mediação Familiar da Universidade de Burgos – Espanha. Membro Efetivo da Comissão de Mediação de Conflitos da OAB-RJ. Advogado no Rio de Janeiro e em São Paulo.

1. Apresentação do trabalho

O presente trabalho visa a expor de maneira breve algumas reflexões sobre dois princípios que sem sombra de dúvida constituem matéria de suma importância para um correto enquadramento da atividade do mediador e que, não raras às vezes são tratados de maneira indistinta pela doutrina, como se estivessem a tratar do mesmo fenômeno.

Assim é que os princípios da imparcialidade e neutralidade do mediador serão aqui tratados como verdadeiros vetores a guiarem a conduta do mediador dentro da dinâmica de um processo de mediação, ressaltando, nesse ínterim, a importância de sua efetiva observação para uma maior operosidade desse mecanismo complementar de solução de disputas⁷⁵, ainda de pouca utilização e conhecimento da comunidade jurídica nacional.

Nessa empreitada, será analisado em um primeiro momento o princípio da imparcialidade, as suas linhas gerais, os seus contornos básicos, enfim, o seu núcleo essencial, inclusive à luz da legislação estrangeira e do projeto de lei de mediação em curso no Congresso Nacional.

Em seguida, será demonstrada a importância de sua efetiva observação pelo mediador dentro de um processo de mediação em seus mais variados aspectos, bem como o alcance prático desse princípio em suas mais variadas projeções, inclusive, naquelas hipóteses que, dada a sua importância, o legislador houve por bem em elevá-las ao grau de normas jurídicas (ao menos em estado potencial, dado não existir até o presente momento uma lei em sentido formal sobre esse instituto).

⁷⁵ Adota-se essa nomenclatura em razão de repudiarmos as seguintes nomenclaturas que, em nosso entender, contêm termos ou que se encontram equivocados ou que não abarcam todo o núcleo comum dos mecanismos de solução de disputas. São elas: “Equivalentes Jurisdicionais”, “Métodos não Adversariais de Solução de Conflitos”, “Mecanismos Extrajudiciais de Solução de Conflitos”, “Mecanismos Alternativos de Solução de Conflitos”. Resumidamente pode-se dizer que a primeira expressão pode sugerir a falsa idéia de que atos produzidos nesses mecanismos de composição de conflitos seriam jurisdicionais, o que, como se sabe é um equívoco. Além disso, poderia supor que tais métodos pudessem substituir a jurisdição, o que definitivamente não é verdade. Quanto à segunda nomenclatura, verifica-se que não se concebe como possa a arbitragem, por exemplo, ser considerada como um mecanismo não adversarial de conflito, o que também nos leva a afastá-la, até mesmo porque não a reputamos a mais conveniente. No que se refere à terceira designação, maiores esclarecimentos são mesmo até desnecessários, eis que o termo extrajudicial é por demais restrito para abarcar o núcleo comum de todos os mecanismos de solução de conflitos, bastando, para tanto, lembrar que determinadas espécies de mecanismos de solução de conflitos podem ocorrer na via judicial (ex: conciliação, termo de ajustamento de conduta, dentre outros). Por fim, quanto à última nomenclatura, verifica-se que o termo alternativo não designa adequadamente esse fenômeno, na medida em que muitos deles, por serem mecanismos autocompositivos são – ou ao menos deveriam ser – a primeira opção para a solução de conflitos. O caráter substitutivo e secundário da Jurisdição vem a afirmar o que se está a aqui expor. Para maiores informações, vide o nosso trabalho ainda não publicado. LOPES, Vitor Carvalho. “*A Mediação como importante instrumento de efetivação do princípio do acesso à justiça: limites e possibilidades no sistema jurídico brasileiro*”. 2008. 197f. Dissertação de Mestrado – Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Rio de Janeiro, 2008.

Após isso, será examinado o princípio da neutralidade, mediante um confronto analítico ao conceito da imparcialidade, demonstrando, com isso, os diferentes espaços de conformação que tais postulados possuem dentro da dogmática jurídica.

Em seguida, será demonstrada a importância da observância desse princípio pelo mediador no exercício de sua função, o tratamento que lhe é conferido pelas legislações dos mais variados países que adotam a mediação, bem como pelo projeto de lei de mediação em curso no Congresso Nacional, passando finalmente para a análise das situações práticas decorrentes da incidência princípio, incluindo aí, as dificuldades inerentes de se levar ao extremo, a aplicação da idéia de neutralidade em um processo dessa natureza.

Por fim, encerra-se esse estudo com a elaboração de uma pequena síntese conclusiva sobre o presente tema, trazendo nesse bojo as nossas principais reflexões a seu respeito.

2. Princípio da Imparcialidade

2.1 Conceituação e importância

Em breves palavras, entende-se que o princípio da imparcialidade vem a designar a proibição de qualquer conduta por parte do mediador que importe em qualquer favorecimento de tratamento a uma das partes. Veja-se, portanto, que a imparcialidade quer se referir à atitude do mediador em relação às partes e não ao conteúdo em si do tema afeto à mediação, questão essa que se abordará mais adiante quando se tratar da neutralidade do mediador.

Tal é a importância desse princípio para a compreensão do instituto em foco, que se atreve a se aqui afirmar que, na realidade, ele é um elemento intrínseco a seu conceito, dele fazendo inarredavelmente parte.

Com isso, o que se quer dizer é que, qualquer norma legal que vise a regulamentar a mediação em seus mais variados aspectos não poderá dela se afastar, sob pena de restar completamente desnaturado esse mecanismo complementar de solução de disputas.

Assim, não é possível se conceber a regularidade de um processo de mediação, na qual, não reste invariavelmente observado este princípio.

Isso significa dizer que onde não há imparcialidade do mediador, não existe um processo de mediação válido, sendo essa uma regra de ouro que se deve observar a todo custo dentro de um processo de mediação.

Prova disso, aliás, é que todas as conceituações legais em torno da mediação vêm a ratificar o que se está aqui expondo, bastando, notar, a título de mera exemplificação, que as leis de mediação familiar de Castilla y León e Valenciana, bem como o preâmbulo do documento elaborado pela American Arbitration Association, American Bar Association e Association For Conflict Resolution denominado “Model Standards of Conduct for Mediators” levam em conta a sua presença⁷⁶⁷⁷, de maneira que não é possível se conceber a existência desse mecanismo de solução de disputas, sem a observância desse princípio.

No âmbito doutrinário, a situação não é diferente. Assim é que ROBERTO A. BIANCHI⁷⁸ define a mediação como um procedimento informal, voluntário e sob condição de confidencialidade, conduzido por um terceiro imparcial e aceito pelas partes em disputa, que facilita o diálogo entre as mesmas, possibilitando que elas cheguem a um acordo elaborado por elas próprias (tradução nossa).

⁷⁶ Para tanto, vide os artigos 1º e 4º, V da Lei de Mediação Familiar de Castilla y León e artigo 1º da Lei de Mediação Familiar de Valenciana, respectivamente:

Artículo. 1º. Objeto.

Es objeto de la presente Ley regular la mediación familiar que se desarrolle en el ámbito de la Comunidad de Castilla y León. Se entiende, en este sentido, por mediación familiar la intervención profesional realizada en los conflictos familiares señalados en esta Ley, por una persona mediadora cualificada, neutral e imparcial, con el fin de crear entre las partes en conflicto un marco de comunicación que les facilite gestionar sus problemas de forma no contenciosa.

Artículo 4 Principios informadores

5. Competencia profesional, ética, imparcialidad y neutralidad de la persona mediadora.

Artículo. 1. De la mediación familiar.

1. La mediación familiar es un procedimiento voluntario que persigue la solución extrajudicial de los conflictos surgidos en su seno, en el cual uno o más profesionales cualificados, imparciales, y sin capacidad para tomar decisiones por las partes asiste a los miembros de una familia en conflicto con la finalidad de posibilitar vías de diálogo y la búsqueda en común del acuerdo.

⁷⁷ “(...) Mediation is a process in which an impartial third party facilitates communication and negotiation and promotes voluntary decision making by the parties to the dispute (...)”

⁷⁸ La mediación es un procedimiento no formal, voluntario y bajo condiciones de confidencial, conducido por un tercero imparcial y aceptado por las partes de una disputa, que facilita el diálogo entre las mismas que haga posible un acuerdo convenido por aquéllas. BIANCHI, Roberto. Mediación prejudicial y conciliación. Buenos Aires: Zavalía, 1996, p. 65.

Nessa mesma direção, JOSÉ MARIA ROSSANI GARCEZ⁷⁹ ensina que a mediação, enquanto fórmula de solução de conflitos, surge quando *“um terceiro imparcial auxilia as partes a chegarem, elas próprias, a um acordo entre si, através de um processo estruturado.”*

De todo modo, o que é importante se ter em mente nesse momento é que o projeto de lei de mediação hoje em curso no Congresso Nacional parece referendar a linha de entendimento aqui exposta, ao estabelecer em seu artigo 2º que *“para os fins desta Lei, mediação é a atividade técnica exercida por terceiro imparcial que, escolhido ou aceito, pelas partes interessadas, as escuta, orienta e estimula, sem apresentar soluções (...)”*.

2.2 Alcance prático

Uma vez expostas as linhas gerais do princípio da imparcialidade, cabe destacar algumas questões que emanam desse postulado, já que é evidente a sua incidência na configuração dos lineamentos básicos da mediação.

O primeiro ponto que se aborda, por força da observância desse princípio, é aquele referente ao fato do mediador ter que evitar a tomar uma atitude que possa ser encarada por uma das partes, ainda que aparentemente, como uma tomada de posição em prol da outra.

Isso poderia restar evidenciado com a aceitação por parte do mediador de presentes ou dádivas de uma das partes ou ainda com a exposição de seus preconceitos a determinadas características pessoais de uma das partes. Tais acontecimentos fatalmente acarretariam a perda de confiança das partes no mediador, o que resultaria na frustração do processo de mediação.

Outra questão que se encontra relacionada a esse princípio é aquela referente às hipóteses de suspeição e ao impedimento do mediador. O projeto de lei de mediação em curso no Brasil estabelece em seu artigo 21 que, aos mediadores e co-mediadores, aplicam-

⁷⁹ Negociação. ADRS. Mediação. Conciliação e Arbitragem. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2004, p.39

se os impedimentos previstos nos artigos 134 e 135 do CPC⁸⁰, estes, claro que, com as devidas e necessárias adaptações.

Assim é, por exemplo, que o mediador quando for cônjuge, parente, consanguíneo ou afim de algumas das partes, em linha reta ou, na colateral, até o terceiro grau, se encontrará impedido de exercer sua função naquele caso (hipótese do inciso V do artigo 134 do CPC).

Interessante e intrincada questão que daí resulta, todavia, é quando as partes são devidamente cientificadas a respeito de uma dessas hipóteses e, ainda assim, por força do princípio da voluntariedade das partes, preferem manter o mediador sob impedimento ou suspeição na direção do processo.

Nessa seara, é oportuno destacar que a American Arbitration Association, American Bar Association e Association For Conflict Resolution, por meio de seu “Model Standards of Conduct Mediators”, na letra (c) de seu item “C”, permite que as partes, após a revelação do mediador acerca de um possível conflito de interesses que possa colocar em xeque a sua

⁸⁰Art. 134. É defeso ao juiz exercer as suas funções no processo contencioso ou voluntário:

I – de que for parte;

II – em que interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, funcionou como órgão do Ministério Público, ou prestou depoimento como testemunha;

III – que conheceu em primeiro grau de jurisdição, tendo-lhe proferido sentença ou decisão;

IV – quando nele estiver postulando, como advogado da parte, o seu cônjuge ou qualquer parente seu, consanguíneo ou afim, em linha reta; ou na linha colateral até o segundo grau;

V – quando cônjuge, parente, consanguíneo ou afim, de alguma das partes, em linha reta ou, na colateral, até o terceiro grau;

VI – quando for órgão de direção ou de administração de pessoa jurídica, parte na causa.

Parágrafo único. No caso do no IV, o impedimento só se verifica quando o advogado já estava exercendo o patrocínio da causa; é, porém, vedado ao advogado pleitear no processo, a fim de criar o impedimento do juiz.

Art. 135. Reputa-se fundada a suspeição de parcialidade do juiz, quando:

I – amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer das partes;

II – alguma das partes for credora ou devedora do juiz, de seu cônjuge ou de parentes destes, em linha reta ou na colateral até o terceiro grau;

III – herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de alguma das partes;

IV – receber dádivas antes ou depois de iniciado o processo; aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa, ou subministrar meios para atender às despesas do litígio;

V – interessado no julgamento da causa em favor de uma das partes.

Parágrafo único. Poderá ainda o juiz declarar-se suspeito por motivo íntimo.

atuação em determinada causa, possam concordar em mantê-lo, se assim o desejarem, hipótese em que ele (o mediador) poderá prosseguir no exercício de sua função⁸¹.

Contudo, assim não nos parece possível. Isso porque, quer seja nas hipóteses de impedimento, quer seja nas hipóteses de suspeição, acredita-se que tais institutos por se referirem a hipóteses, que carregam em seu substrato valores de ordem pública, não podem vir a ser afastados pela mera vontade das partes, eis que, como se sabe, a observância da ordem pública é um limite à autonomia da vontade das partes.

Além disso, dificilmente um processo de mediação poderia se desenvolver regularmente e de maneira operosa, à luz de uma das hipóteses descritas nos artigos 134 e 135 do CPC, sem comprometer, por outro lado, a necessária observância de algum dos princípios da mediação.

Por outro lado, esse entendimento se adequa mais perfeitamente a idéia de um processo justo, idéia esta plenamente compatível com esse mecanismo complementar de solução de disputas⁸².

Por outro lado, e ainda como decorrência do princípio da imparcialidade do mediador, vale a pena também destacar que o mediador, no exercício de sua função deve atuar de maneira independente – conforme, aliás, ressalta expressamente o artigo 14 do já

⁸¹ A mediator shall disclose, as soon as practicable, all actual and potential conflicts of interest that are reasonably be seen as raising a question about the mediator's impartiality. After disclosure, if all parties agree, the mediator may proceed with the mediation.

⁸²(...) Pode-se dizer que o projeto de lei de mediação ora em análise atende satisfatoriamente aos ideais de busca por uma solução segura e efetiva, na medida em que através da incidência de diversos dispositivos de ordem pública, mais especificamente de ordem processual, almeja não descuidar dos ideais de segurança que um processo de negociação comum poderia oferecer para a resolução de disputas, ao mesmo tempo em que prima por uma solução adequada e efetiva para esses tipos de disputas. Com isso, esse diploma normativo vem a evitar, de maneira satisfatória, as contundentes críticas que prestigiada doutrina já teve a oportunidade de fazer aos denominados mecanismos complementares de solução de disputas, no que se refere ao déficit que esses tipos de métodos possuem, quanto à preservação das garantias fundamentais positivadas na Carta Maior (...)" Para maiores informações, vide o nosso trabalho ainda não publicado. LOPES, Vitor Carvalho. "A Mediação como importante instrumento de efetivação do princípio do acesso à justiça: limites e possibilidades no sistema jurídico brasileiro". 2008. 197f. Dissertação de Mestrado – Universidade do estado do rio de Janeiro (UERJ), Rio de Janeiro, 2008. p. 186.

citado projeto de lei de mediação⁸³ – eis que não se concebe imparcialidade em quem não pode ser independente⁸⁴⁸⁵.

Outra questão comumente ligada ao princípio da imparcialidade consiste em saber se ofende ou não o seu comando normativo uma intervenção mais ativa do mediador, a fim de eliminar possíveis desequilíbrios que afetem a capacidade negociadora das partes.

Sem desconhecer os problemas que podem advir dessa posição, principalmente se utilizada de forma abusiva e não operosa por parte do mediador, o certo é que se entende que o mediador não só pode, como tem o dever, de intervir de maneira cautelosa e adequada – isto é, sem ofender os demais princípios e vulnerar os outros deveres, aos quais se encontra adstrito – para o fim de reestabelecer o equilíbrio entre as partes no processo de negociação.

Essa postura se utilizada de maneira adequada, mediante o uso de técnicas apropriadas, como a escuta ativa, a reformulação, a conotação positiva⁸⁶, dentre outras, só vem a contribuir para o fortalecimento da confiança das partes, no manejo desse mecanismo de solução de disputas⁸⁷⁸⁸.

⁸³ Art. 14. No desempenho de suas funções, o mediador deverá proceder com imparcialidade, independência, aptidão, diligência e confidencialidade, salvo, no último caso, por expressa convenção das partes.

⁸⁴ Não há como imaginar a boa mediação sem independência, até porque a imparcialidade do mediador depende dessa independência, e cabe às partes escolherem ou aceitarem mediadores. SALES, Lilia Maria de Moraes. SALES, Lilia Maria de Moraes. *Justiça e Mediação de conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 92.

⁸⁵ Por independência, compreende-se que ela expressa a necessidade da atuação do mediador vir a dar-se de forma livre de qualquer influência das partes ou de terceiros. Assim, não é permitida a existência de qualquer relação ou fator que submeta o mediador aos interesses de uma das partes; caso contrário, o processo de mediação deve ser imediatamente interrompido. Pinho. DALLA, Humberto Dalla Bernardina. (Org.). *Teoria Geral da Mediação à luz do Projeto de Lei e do Direito Comparado*. Rio de Janeiro; Lumen Iuris, 2008, p. 82

⁸⁶ Para maiores informações sobre esse tema, vide o nosso trabalho ainda não publicado: não publicado. LOPES, Vitor Carvalho. “*A Mediação como importante instrumento de efetivação do princípio do acesso à justiça: limites e possibilidades no sistema jurídico brasileiro*”. 2008. 197f. Dissertação de Mestrado – Universidade do estado do rio de Janeiro (UERJ), Rio de Janeiro, 2008.

⁸⁷ “(...) este é o grande desafio da mediação, e o maior obstáculo ao sucesso desse processo de resolução de disputa. Como, ética e tecnicamente, o mediador tem de ser neutro, a forma de impedir que uma parte, mais poderosa, determine a solução do conflito, conforme seus únicos interesses, em detrimento dos interesses da outra, deve ser atentamente trabalhada pelo mediador. Em linhas gerais, é absolutamente ético a intervenção do mediador, no sentido de encaminhar dados ou pessoas que assistam a parte em desvantagem, para reforçar e equilibrar o poder e propiciar a negociação de forma mais equitativa (...)” SERPA, Maria de Nazareth. *Teoria e prática da mediação de conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 1999.

Imparcialidade, portanto, não pode ser confundida como sinônimo de passividade. O mediador deve participar ativamente do processo de negociação, a fim de eliminar eventuais distorções que rompam com o necessário equilíbrio que deve existir entre as partes.

A respeito desse tema, interessante doutrina⁸⁹ formulou o conceito da multiparcialidade, o qual, em poucas palavras, vem a significar que é mais interessante que o mediador tenha uma atitude que tome partido por todos – isto é, multiparcial – do que uma atitude que não partido por nenhuma delas.

Por fim, cumpre ainda notar que tamanha é a necessidade de observância desse princípio em um processo de mediação que o projeto de lei de mediação expressamente determina para a hipótese de sua violação por parte do mediador, a abertura de processo administrativo sancionador, cuja pena não é outra, senão a sua imediata exclusão do registro de mediadores⁹⁰.

3. Neutralidade do Mediador

3.1 Conceituação e importância

Uma vez expostos os contornos básicos do princípio da imparcialidade, cumpre agora examinar um dos temas mais movediços, quando se trata de mediação, que é o chamado princípio da neutralidade. Comumente costuma-se utilizar indistintamente os termos imparcialidade e neutralidade, como se sinônimos fossem. Ocorre que na realidade não o são.

⁸⁸ “(...) La imparcialidad es definida como la posición de la persona mediadora que permite ayudar a ambas sin tomar partido por ninguna de ellas, respetando los intereses de cada parte, aunque es de la opinión de que la persona mediadora no rompe su imparcialidad si durante el proceso intenta eliminar los desequilibrios de capacidad negociadora, apoyando unas veces a una y otras a otra (...)”. PELÁEZ. Antonio Sastre. Los Principios Informadores de la Mediación Familiar; su reflejo en la Ley de Castilla y León y en otras Legislaciones Autonómicas del Estado Español. In: MARTIN, Nuria Belloso (Coord.). *Estudios sobre Mediación: La Ley de Mediación de Castilla y León*. Burgos: Junta de Castilla y León. 2006, p. 145.

⁸⁹ Para tanto, vide GARCIA, Lucia Garcia. GARCÍA. Lucía García. *Mediación amiliar. Prevención y Alternativa al litigio en los conflictos familiares*. Madrid: Dykinson, 2003, p. 140/141.

⁹⁰ Art. 25 – Será excluído do registro de mediadores aquele que:
III – violar os princípios de confidencialidade e imparcialidade.

Em artigo paradigmático sobre o tema, o professor JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA⁹¹ bem elucidou a questão, ao explicar em poucas palavras que a imparcialidade, em termos de comportamento do juiz, se revela quando a sua atitude não enseja favorecimento de tratamento a nenhuma das partes, ao passo que a neutralidade, se revelaria, quando o juiz tivesse um comportamento indiferente ao resultado do processo.

Nesse trabalho, o citado mestre, após expor essas idéias, conclui, ao final que o juiz deve manter-se sempre imparcial, mas que essa imparcialidade jamais deveria ser compreendida a ponto de se legitimar a total abstenção judicial em relação ao processo, permitindo que resultados injustos sejam produzidos, em razão da aparente necessidade de se respeitar esse postulado.

Diz-se aparente porque, nessa hipótese, não se estaria diante da problemática em torno do respeito ou não da imparcialidade, mas sim de verdadeira postura de neutralidade do juiz em relação ao processo, o que, na visão, desse processualista de maneira alguma é permitido ao juiz possuir. Isso se explica, pois, no exercício da jurisdição, cabe precipuamente ao juiz averiguar e proferir a resolução para o caso concreto, conforme o sentido preconizado pela lei, não se podendo permitir nessa seara, que se alcance resultados em desconformidade com ela.

Assim, transplantando esses conceitos para a mediação, onde, ao contrário da jurisdição, são as próprias partes dissidentes as responsáveis pela tomada de uma decisão que ponha fim a seu litígio, é natural concluir que o mediador, ao contrário do juiz, deve, em princípio, ser neutro.

⁹¹ “(...) Dizer que o juiz deve ser imparcial é dizer que ele deve conduzir o processo sem inclinar a balança, ao longo do itinerário, para qualquer das partes, concedendo a uma delas, por exemplo, oportunidades mais amplas de expor e sustentar suas razões e de apresentar as provas de que disponha. Tal dever está insito no de “assegurar às partes igualdade de tratamento”, para reproduzir os dizeres do art 125, n° I do Código de Processo Civil. Outra coisa é pretender que o juiz seja neutro, no sentido de indiferente ao êxito do pleito. Ao magistrado zeloso não pode deixar de interessar que o processo leve a desfecho justo; em outras palavras, que saia vitorioso aquele que tem melhor direito. Em semelhante perspectiva, não parece correto afirmar, *sic et simpliciter*, que para o juiz “tanto faz” que vença o autor ou a do réu. A afirmação só se afigura verdadeira enquanto signifique que ao órgão judicial não é lícito preferir a vitória do autor ou a do réu, e menos que tudo atuar de modo a favorecê-la, por motivos relacionados com traços e circunstâncias pessoais de um ou de outro: porque o autor é X, simpático ou porque o réu é Y, antipático ou vice-versa (...)” MOREIRA, José Carlos Barbosa. Reflexões sobre a Imparcialidade do Juiz. In: *Temas de Direito Processual Civil*, 7ª Série. Editora Saraiva: 1994, p. 19/30.

Isso porque, como dito acima, são as próprias partes em disputa que são as responsáveis pela obtenção de uma decisão nesse campo, sendo ilegítima qualquer solução que seja sugerida ou mesmo imposta pelo mediador, pro força do princípio da autocomposição das partes⁹², outro postulado de nítida incidência nesse campo.

Desse modo, com a elevação do conceito de neutralidade ao nível de um princípio da mediação, percebe-se que o legislador quis evitar que o mediador imponha, oriente, ou formule sugestões quanto mérito da disputa, ou de alguma forma influa no resultado final da mediação, conferindo uma solução a ela, segundo a sua própria escala de valores, o que se daria em manifesto contradição a toda sistemática da mediação.

É, pois, dessa forma que se deve entender o princípio da neutralidade.

3.2 Alcance prático

A grande questão prática decorrente da incidência desse princípio reside em fixar a exata fronteira para o princípio da neutralidade, a fim de que, por um lado, reste nitidamente observado o seu conteúdo, sem que, por outro reste comprometido a sua necessária e imprescindível intervenção na disputa, quando for preciso.

Nesse contexto, é preciso destacar que tal princípio, ainda que compreendido nos termos acima enunciados, não pode ser levado a efeito, com extremo rigor. Em outros termos, a neutralidade aqui exposta jamais pode ser interpretada de maneira absoluta, eis que qualquer intervenção do mediador na disputa a ele submetida poderia ser interpretado, como uma forma de imposição de suas percepções pessoais, seus valores, concernentes ao

⁹² “(...) Quando se alude ao princípio da autocomposição em termos de mediação objetiva-se demonstrar que toda a sistemática desse mecanismo de solução de disputas se dirige para o alcance de uma decisão que não vem imposta por terceiros a disputa, mas sim pelas próprias partes. Em outros termos: não há imposição de qualquer decisão proferida por um terceiro (no caso, o mediador) às partes que se encontram sujeitas ao processo de mediação. Ao contrário, portanto, da jurisdição ou mesmo da arbitragem em que a decisão é proferida por um terceiro, na mediação a decisão é alcançada, mediante um estruturado processo de negociação, capaz de propiciar o alcance de uma decisão concertada, consensuada, que contemple, na medida do possível, todos os interesses das partes em conflito, sejam eles meramente econômicos, emocionais, psicológicos e não meramente jurídicos (...)” LOPES, Vitor Carvalho. “*A Mediação como importante instrumento de efetivação do princípio do acesso à justiça: limites e possibilidades no sistema jurídico brasileiro*”. 2008. 197f. Dissertação de Mestrado – Universidade do estado do rio de Janeiro (UERJ), Rio de Janeiro, 2008. p. 65/66.

mérito da disputa, o que, na prática, acabaria por inviabilizar qualquer intervenção de sua parte, o que, de modo algum, parece razoável admitir.

Nesse particular, é de bom alvitre salientar que mesmo para quem admite o princípio da neutralidade como um enunciado a guiar a postura do mediador, o faz com certas ressalvas⁹³.

Isso porque se reconhece que a neutralidade como um fim em si mesmo, ou melhor, como um constante modo de atuar do mediador durante todo o processo de mediação é, no mínimo, uma idéia não realista.

Assim ocorre porque, nessa hipótese, se teria um mediador como um ser estático, sem valores, que, por apego irrestrito a esse princípio jamais interviria na disputa, revelando, com isso, certa indiferença em relação a ela.

Baseado nessa idéia, há autores⁹⁴ que negam mesmo a existência de neutralidade do mediador, levando-os afirmar que, tal como os juízes, os mediadores só seriam imparciais.

Nesse quadro, cabe ressaltar que a neutralidade compreendida sob esses termos é um mito inalcançável. Além disso, é uma idéia que praticamente inutiliza a figura do mediador, retirando dele toda a contribuição que ele é capaz de oferecer para o alcance de uma solução adequada para a disputa.

Nessa visão, percebe-se que a própria operosidade da mediação restaria vulnerada se esse princípio viesse a ser interpretado ao extremo.

Verifica-se, desse modo, que a grande pedra de toque do princípio da neutralidade reside em compatibilizar o seu real desiderato com a necessária e adequada

⁹³ Para tanto, vide PELÁEZ, Antônio José Sastre. op. cit. p. 148.

⁹⁴ Preferimos hablar de imparcialidad y no de neutralidad por tres motivos. En primer lugar, la palabra “neutralidad” tiene una connotación de no compromiso con relación a los “beligerantes”, e implica fundamentalmente un deber de no intervención en el conflicto. Por el contrario, el mediador debe justamente intervenir para tratar de facilitar el diálogo con miras a la resolución del conflicto. Asimismo está precisamente comprometido con las partes, y debe servir a ambas por igual. En segundo lugar, la palabra “neutralidad” puede aludir a una cierta “objetividad” con la que debería comprometerse el mediador. Esa no es, sin embargo, una presunción realista. Lo cierto es que no existe una “objetividad” en tal sentido, cuestión de la que se ocupa Kotliar en el capítulo 5, número 34. En tercer lugar, el concepto de neutralidad puede implicar en algún sentido una cierta cuota de inacción o de “indiferencia”, y no tenemos duda que el rol del mediador es por una parte de notoria actividad, así como de compromiso con su responsabilidad de fomentar las actitudes razonables, evitando que tanto los resultados del conflicto, como el arreglo alcanzado, no afecten a terceros no representados en el procedimiento, o al público en general. BIANCHI. Roberto. Op. cit., p. 173.

intervenção que o mediador deve possuir na apreciação da disputa a ele submetida. Se tal compatibilização não for possível, a saída parece mesmo acompanhar aqueles que negam a aplicação desse princípio para o mediador. Ocorre que essa solução por demais simplista, muitas das vezes, arremete contra texto literal de lei.

Assim é que no âmbito do direito estrangeiro o princípio da neutralidade vem consagrado em praticamente todos os diplomas legislativos que versam sobre mediação.

Nesse contexto, é oportuno destacar que a Recomendação nº 98 (1) do Conselho de Ministros da União Européia, que versa sobre a mediação familiar o elenca como um de seus princípios norteadores. Por sua vez, seguindo a orientação dessa Recomendação, a Lei de mediação da Comunidade Autônoma de Castilla y León contempla expressamente esse postulado como seu princípio orientador⁹⁵. A Lei de mediação da Comunidade Autônoma de Madrid também segue nessa mesma linha, ao estatuir que tanto a imparcialidade, como a neutralidade são princípios informadores desse mecanismo de solução de disputas⁹⁶.

A lei de mediação argentina não trata expressamente da neutralidade. Somente alude em seu artigo 11 que o mediador deverá ter o cuidado de não favorecer, através de sua conduta, a qualquer das partes. Já o projeto de lei de mediação em curso no Brasil parece também adotar o princípio da neutralidade em sua sistemática⁹⁷.

A problemática em torno desse tema resta sensível, quando se constata que qualquer intervenção humana pode ensejar ainda que de forma suave a percepção do mediador acerca de determinado assunto, seja esta identificável por meio da linguagem utilizada por ele, de sua interpretação a respeito das informações ali trocadas, seja mesmo mediante a manifestação de seus valores e/ou suas percepções a respeito da disputa.

⁹⁵ Artículo 4. Principios informadores

5. Competencia profesional, ética, imparcialidad y neutralidad de la persona mediadora.

⁹⁶ Artículo 4. Principios de la mediación familiar

Las actuaciones de mediación que se lleven a cabo en desarrollo de la presente Ley se fundamentarán en las siguientes normas:

c) Imparcialidad y neutralidad del mediador actuante, que no podrá adoptar decisiones alineándose de forma interesada con parte alguna, influirlas o dirigirlas hacia la consecución de soluciones conforme a su criterio personal o imponer soluciones.

⁹⁷ Para tanto, veja-se o teor do art. 24 do referido diploma:

Art. 24. Considera-se conduta inadequada do mediador ou do co-mediador a sugestão ou recomendação acerca do mérito ou quanto aos termos da resolução do conflito, assessoramento, inclusive legal, ou aconselhamento, bem como qualquer forma explícita ou implícita de coerção para a obtenção de acordo.

Sob essa ótica, qualquer intervenção do mediador seja em que sentido for, poderá ser considerada como uma violação a esse princípio.

Para exemplificar, imagine-se uma intervenção do mediador no sentido de reequilibrar as forças no processo de negociação entre as partes, mediante a formulação de questões a uma delas, de maneira a permitir-lhe a considerar um aspecto até então ignorado por ela, mas de absoluta importância para uma correta avaliação da disputa. Será que uma intervenção nesse moldes poderá ser considerada atentatória a esse princípio? A doutrina certamente acredita que não, posição essa com a qual inteiramente se concorda.

Neutralidade, portanto, em termos de mediação, definitivamente não quer supor ausência de intervenção do mediador.

Mas, se assim é, qual seria fronteira em que determinada intervenção seria atentatória à idéia de neutralidade do mediador, ou mesmo, a *contrario sensu*, em que hipóteses elas seriam admissíveis?

A resposta a essa questão não é de simples formulação. Todavia, realizando uma interpretação teleológica a esse princípio, reputa-se que a sua finalidade é impedir o mediador de expor às suas opiniões pessoais quanto ao mérito em si da disputa, a fim de evitar que as partes ou mesmo uma delas se apeguem a uma medida concreta, formulada segundo a escala axiológica do mediador. Isso porque, conforme acima visto, ao contrário da jurisdição, são as partes as únicas e exclusivas responsáveis pela solução de sua disputa.

Se assim é, a neutralidade do mediador estaria a princípio observada, quando na fase de elaboração de acordo, ele se restringisse a não realizar qualquer sugestão concreta quanto ao mérito do conflito, deixando, com isso, que as partes assim livremente o decidam. O limite dessa livre atuação das partes estaria também na lei, eis que não se admite acordos que versem sobre objetos ilícitos, ou cujos agentes sejam incapazes, ou ainda quando as suas respectivas formas estejam em dissonância com o que está prescrito na lei.

Caso uma dessas hipóteses ocorra, o mediador deve alertar as partes sobre tal fato, mas jamais pode propor uma medida específica em sua substituição. Tal dever resta manifesto, quando se contata que o mediador deve zelar por um processo realmente efetivo.

Afinal, a ele não interessa que um processo de mediação chegue a um resultado que ele sabe de antemão não poder possuir efeitos concretos. Em um sistema de mediação, no qual estipula que o acordo nele obtido constituirá título executivo extrajudicial, tal como o nosso⁹⁸, essa constatação resta ainda mais evidente.

Por fim, no que tange às fases anteriores à elaboração do acordo, acredita-se que as intervenções do mediador serão legítimas, desde que elas tenham como fundamento de sua ocorrência o estabelecimento de um ambiente mais propício e adequado às partes a negociarem, pautado pela observância integral da igualdade e boa fé.

O que esse postulado assim almeja, é deixar sem sombra de dúvidas separado o que o mediador reputa como devido para a solução da disputa a ele submetida e o que as partes realmente desejam, coibindo, com isso, que o mediador emita as suas opiniões pessoais a respeito da solução da disputa, o que desvirtuaria a própria *ratio essendi* da mediação, conforme acima exposto.

4. Síntese Conclusiva

Comumente costuma-se utilizar os vocábulos imparcialidade e neutralidade, a fim de designarem o mesmo fenômeno, como se sinônimos fossem.

Ocorre que, como visto, eles não o são. Tal assertiva jamais se consubstanciou verdadeira no âmbito do processo jurisdicional, que dirá no âmbito do processo de mediação.

Nesse cenário, cumpre ressaltar que tais postulados ganham especial relevo no âmbito desse mecanismo complementar de solução de disputas, consubstanciando-se em verdadeiros princípios a nortear a atuação do mediador em tal contexto.

⁹⁸ Para tanto, vide o artigo 7º do projeto de lei que institucionaliza e disciplina a mediação paraprocessual civil.

Nesse sentido, deve-se entender a imparcialidade como a proibição de qualquer conduta por parte do mediador que importe em qualquer favorecimento de tratamento a uma das partes.

A neutralidade, por sua vez, deve ser entendida como a proibição imposta ao mediador consistente no ato de orientar ou mesmo formular sugestões quanto mérito da disputa, ou que de alguma influa no resultado final da mediação, conferindo uma solução a ela, segundo a sua própria escala de valores.

Nesse desiderato, entretanto, restou também evidenciado que não se deve confundir a neutralidade com uma suposta ausência de valores por parte do mediador, o que seria de todo impossível.

Tampouco se deve a neutralidade com uma suposta passividade do mediador, que deverá agir, diante das hipóteses, fundamentos e visando atingir aos objetivos acima elencados.

Por outro lado, a partir do quadro acima exposto, fica fácil perceber que, dado às múltiplas situações que decorrem da incidência desses princípios, tanto a imparcialidade, como a neutralidade do mediador se constituem em princípios fundamentais para uma adequada compreensão da mediação⁹⁹.

Desse modo, a correta compreensão e análise do enquadramento dos contornos básicos desses princípios, bem como a análise adequada de suas decorrências práticas

⁹⁹ Princípio esse, aliás, que é uma constante em todos os demais países que a adotam. Nesse sentido, note-se também o item II do diploma aprovado pela American Arbitration Association, American Bar Association e Association for Conflict Resolution denominado “Model Standards of Conduct for Mediators” que assim estabelece:

Standard II Impartiality

A. A mediator shall decline a mediation if the mediator cannot conduct it in an impartial manner. Impartiality means freedom from favoritism, bias or prejudice.

B. A mediator shall conduct a mediation in an impartial manner and avoid conduct that gives the appearance of partiality

1. A mediator should not act with partiality or prejudice based on any participant’s personal characteristics, background, values, and beliefs, or performance at an mediation, or any other reason.

2. A mediator should neither give nor accept a gift, favor, loan or other item of value that raises a question as to the mediator’s actual or perceived impartiality.

3. A mediator may accept or give de minimis gifts or incidental item or services that are provided to facilitate a mediation or respect cultural norms so long as such practices do not raise questions as to a mediator’s actual or perceived impartiality.

somente contribuirão para uma maior operosidade desse novo mecanismo de solução de disputas.

Somente a partir daí, já dá para se ter uma idéia como o sucesso e a credibilidade da mediação se encontram visceralmente ligados à observância desses princípios.

5. Bibliografia

ALVAREZ, Gladys Stella. *La mediación y el acceso a justicia*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004.

ARÉCHAGA, Patrícia; Brandoni, Florência; Risolia, Matilde. *La trama del papel. Sobre el proceso de mediación, los conflictos y la mediación penal*. Buenos Aires: Galerna, 2005.

AZEVEDO, André Gomma de. (Org.) *Estudos em Arbitragem, mediação e Negociação Vol. 1*. André Gomma de Azevedo. Brasília: Grupos de pesquisa, 2004.

BACELLAR. Roberto Portugal. *Juizados Especiais. A nova mediação paraprocessual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BIANCHI, Roberto. *Mediación prejudicial y conciliacion*. Buenos Aires: Zavalía, 1996

CAIVANO, Roque J.; GOBBI, Marcelo; PADILLA, Roberto E. *Negociación y Mediación: Instrumentos apropiados para la abogacía moderna*. 2.^a edición actualizada y ampliada. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006.

CALMON, Petrônio. *Fundamentos da Mediação e da Conciliação*, Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro. Os Métodos Alternativos de Solução de Conflitos no Quadro do Movimento Universal de Acesso à Justiça. [s/ indicação de tradutor], *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 326, p. 121-130, abr./jun. 1994.

_____. Acesso dos consumidores à justiça. [s/ indicação de tradutor]. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 310, p. 53-63, abr./jun. 1990.

_____. *Acesso à justiça e a função do jurista em nossa época*. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 16, n. 61, p. 144-160, jan./mar. 1991

_____. *Juízes Irresponsáveis?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1989.

_____. Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução e revisão de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel da Silva. *A Instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 2003.

GARCÍA. Lucía García. *Mediación Familiar. Prevención y Alternativa al litigio en los conflictos familiares*. Madrid: Dykinson, 2003

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2001.

HORTA, Fernando. *Mediação e Conciliação*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

LIMA FILHO, Francisco das Chagas. *Acesso à justiça e os mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos*. Porto Alegre: Fabris, 2003.

LOPES, Vitor Carvalho. “*A Mediação como importante instrumento de efetivação do princípio do acesso à justiça: limites e possibilidades no sistema jurídico brasileiro*”. 2008. 197f. Dissertação de Mestrado – Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Rio de Janeiro, 2008.

MARÍN. María Josefa Ruiz. *Mediación y protección de menores en Derecho de Familia*. Coordenação: María Josefa Marín. Madrid: Cuadernos de de Derecho Judicial, v. 5, Consejo General del Poder Judicial.

MARTIN, Nuria Beloso (Coord.). *Estudios sobre mediación: la ley de mediación familiar de Castilla y León*. Nuria Bellosos Martin. Junta de Castilla y León: Consejería de Familia e Igualdad de Oportunidad, 2006.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O processo, as partes e a sociedade. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo, v. 5, p. 32-40, ago. 2003.

_____. *Temas de Direito Processual*. 6ª Série. Rio de Janeiro: Saraiva, 1997.

_____. *Temas de Direito Processual*. 7ª Série. Rio de Janeiro: Saraiva, 2001.

_____. *Temas de Direito Processual*. 8ª Série. Rio de Janeiro: Saraiva, 2004.

MUÑOZ, Soletto Helena; PARGA, Milagros Otero (Coords.). *Mediación y Solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente*. Madrid: Tecnos, 2007.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2002.

PARKINSON. Lisa. *Mediación Familiar. Teoría y práctica: principio y estrategias operativas*. Barcelona: Gedisa, 2005.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Mecanismos alternativos de solução de conflitos: algumas considerações introdutórias. *Revista Dialética de Direito Processual Civil*. São Paulo. v. 17, p. 9-14, ago. 2004.

_____. DALLA, Humberto Dalla Bernardina. (Org.). *Teoria Geral da Mediação à luz do Projeto de Lei e do Direito Comparado*. Rio de Janeiro; Lumen Iuris, 2008.

_____. Mediação. A redescoberta de um velho aliado na solução de conflitos. In: *Acesso à Justiça; efetividade do processo*. PRADO, Geraldo (Org). Rio de Janeiro; Ed. Lumen Iuris, 2005.

SALES, Lilia Maria de Moraes. *Justiça e Mediação de conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SAMPER, Trinidad Bernal. *La Mediación. Una solución de los conflictos de ruptura de pareja*. 3ª ed. Madrid: Editorial Colex, 2006.

SERPA, Maria de Nazareth. *Teoria e prática da mediação de conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 1999.

SILVA, João Roberto. *A mediação e o processo de mediação*. São Paulo: Paulistanajur, 2004.

SUARES. Marines. *Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas*. Paidós, Buenos Aires, 2004.

SEGUNDA PARTE

REFORMAS PROCESSUAIS

PROCESSO JUSTO: O ÔNUS DA PROVA À LUZ DOS PRINCÍPIOS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DO *IN DUBIO PRO REO*

Flávio Mirza

*Doutor em Direito (UGF). Professor Adjunto de
Direito Processual da UERJ (graduação, mestrado e
doutorado). Professor Adjunto no Centro de Ciências
Jurídicas da UCP. Advogado.*

1. DELIMITAÇÃO E JUSTIFICATIVA

O objeto do singelo estudo restringe-se ao ônus da prova, em seu aspecto objetivo, nas ações penais condenatórias.¹ Tal será analisado à luz dos princípios da Presunção de Inocência e do *in dubio pro reo*, considerando-se que, ao final do processo, depare-se o julgador com inarredável incerteza sobre algum fato relevante para o julgamento do pedido.

Eventuais questões/implicações atinentes ao âmbito cível não serão estudadas. Assim, caso deseje afastar eventual demanda reparatória, o réu deverá, por exemplo, fazer prova de que não concorreu para a infração penal (artigo 386, IV, do CPP).

Importa salientar, outrossim, que diversos conceitos, como por exemplo, o de ônus, foram expostos de modo sintético, para não alongar o trabalho.

Por fim, o trabalho justifica-se pela necessidade de fomentar o debate, mormente após o advento da lei 11.690/08, promulgada no bojo de uma “reforma”² do Código de

¹ Para uma exposição detalhada sobre o ônus da prova no processo penal, escrevendo antes das mudanças ocorridas em 2008, confira-se BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

² O termo reforma foi colocado entre parênteses, pois me parece que reformas pontuais, como as que foram realizadas em 2008, não resolvem, ao contrário, agravam o problema da falta de sistemática do vetusto (e facista) Código de Processo Penal.

Processo Penal. Com efeito, a nova redação, dada aos artigos 156 e 386, VI, do mencionado *Codex*, enseja algumas considerações visando reacender o debate sobre a matéria.

2.O ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO PENAL

O termo ônus é comumente associado a uma obrigação, um dever, um peso, uma carga *etc.*

No aspecto jurídico, o ônus é um imperativo do próprio interesse, uma espécie de faculdade. Trata-se de uma posição jurídica ativa, onde não há posição contrária (contraposta) e sequer sanção em caso de descumprimento.³ É um encargo a ser desincumbido pelo próprio sujeito ativo (e em seu proveito).

O Código de Processo Civil, em seu artigo 333, dispõe sobre o ônus da prova de modo expresso. Cabe, destarte, ao autor provar o(s) fato(s) constitutivo(s) de seu direito e, ao réu, eventuais fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito que o autor alega possuir. É o que se convencionou denominar de aspecto subjetivo do ônus da prova⁴, de menor importância em virtude do princípio da comunhão da prova.

Entretanto, pode haver dúvidas na hora de julgar. Ou seja, mesmo após a produção da prova e as alegações das partes, o juiz pode não se sentir apto a proferir uma decisão. Sendo-lhe defeso pronunciar o *non liquet*, deve socorrer-se das regras de distribuição do ônus da prova. Tais devem ser vistas como “regra de julgamento”, em caso de dúvida insuperável (vale dizer: se o julgador estiver convencido, que sentencie). É o aspecto objetivo do ônus da prova.

O Código de Processo Penal, notadamente arcaico e carente de boa sistemática, não trata da matéria com maior rigor.⁵ A doutrina, por sua vez, não enfoca a questão de modo

³ Cf. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy, *op.cit.*, p.168-178.

⁴ Importante mencionar a posição de Gustavo Badaró no sentido de que o ônus subjetivo da prova é, em verdade, um ônus imperfeito. Cf. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy, *op.cit.*, p.239-241.

⁵ Perdeu o legislador, na recente “reforma” do CPP, boa chance de aclarar a questão. Infelizmente, a lei 11.690/08, que deu nova redação ao artigo 156, e seus incisos (de inquestionável inconstitucionalidade), bem como ao artigo 386, VI, conseguiu piorar o que já era ruim.

coerente com os princípios constitucionais e processuais penais (infra-constitucionais). Proclama a adoção dos mencionados princípios, porém, na hora de aplicá-los, tenta restringi-los ou acaba infirmo-os, ainda que sem se aperceber.

Como antecipado anteriormente, as regras acerca do ônus (objetivo) da prova servem de rumo ao juiz na hora de julgar, quando os fatos narrados na denúncia (ou queixa) não estiverem demonstrados.

Evidentemente, o chamado ônus objetivo da prova não é, em verdade, um ônus. Ou seja, sob o ponto de vista técnico, não se trata de um encargo para consigo. Logo, foge ao conceito de ônus, devendo, pois, ser visto como regra de julgamento.

Cometida uma infração penal, ou melhor, havendo prova mínima (*justa causa*) do cometimento de um crime surge para o Ministério Público o poder-dever de agir.⁶

Por meio da denúncia ou da queixa (petições iniciais do processo penal), o *Parquet* (ou o querelante) deve imputar um fato criminoso, com todas as circunstâncias jurídicas relevantes, consoante o disposto no artigo 41 do CPP.

Citado, o réu, em conjunto com seu defensor, será chamado a defender-se⁷, apresentando resposta escrita.⁸

A acusação (Ministério Público ou querelante) deverá provar, cabalmente, os fatos deduzidos na denúncia (queixa), com todas as suas circunstâncias relevantes (artigo 41 do Código de Processo Penal). Ou seja, o(s) fato(s) constitutivo(s) de seu direito. Ao réu cabe, tão somente, opor-se à pretensão do acusador, ou seja, o ônus da prova é todo da acusação. Vale mencionar que a dúvida quantos aos fatos constitutivos leva, inexoravelmente, à absolvição. A rigor, o réu não alega fato algum, apenas opõe-se à pretensão ministerial ou àquela do querelante. Isto porque é presumidamente inocente⁹ e a dúvida o socorre, sendo a absolvição medida que se impõe.¹⁰

⁶ Preenchidas as condições para o regular exercício do direito de ação é defeso ao presentante do *Parquet* deixar de oferecer denúncia. Já quando se tratar de ação penal de iniciativa privada, em virtude do princípio da Oportunidade, o querelante pode intentar, ou não, a queixa.

⁷ A defesa, em processo penal, para ser completa, deve unir a defesa técnica à autodefesa.

⁸ Vide lei 11.719/08.

⁹ Juan Montero Aroca, tratando da Presunção de Inocência, conclui: “b) Conclusión de que el acusado no necesita probar nada, siendo toda la prueba de cuenta de los acusadores, de modo que si falta la misma ha de

Antes de retomar o tema, seguem breves explanações sobre a Presunção de Inocência (consagrada em nível constitucional) e o *in dubio pro reo*.

2.1. Da Presunção de Inocência

O princípio da Presunção de Inocência¹¹, amplamente conhecido no âmbito internacional, remonta aos postulados fundamentais que presidiram a reforma do sistema repressivo empreendido pela revolução liberal do séc. XVIII¹². Assinalam alguns autores que o aludido princípio seria a versão técnica do clássico *in dubio pro reo*¹³, embora a origem deste último possa ser vislumbrada desde o direito romano, influenciado pelo Cristianismo.¹⁴

A Presunção de Inocência foi consagrada pela Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, cujo art. 9º proclamava o duplo significado do preceito idealizado pela Assembléia Nacional Francesa.¹⁵ De um lado, regra processual, segundo a qual o acusado não é obrigado a fornecer provas de sua inocência, que é presumida; de outro, regra de tratamento, impedindo a adoção de medidas restritivas da liberdade do acusado, ressalvados os casos de absoluta necessidade.¹⁶

dictarse sentencia absolutoria.” Cf. MONTERO AROCA, Juan. **Principios del proceso penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997, p.153.

¹⁰ Importa consignar, à guisa de premissa teórica, que, a meu ver, o processo penal encerra uma hipótese. Assim, deve o juiz, a todo momento, perguntar-se: será que o réu praticou o crime que lhe é imputado? Esta postura metodológica (e, por que não dizer, psicológica) é *conditio sine qua non* para o correto (e justo) exercício do ofício de julgar.

¹¹ “Ce principe, selon lequel on doit présumer innocent toute personne accusée d’une infraction tant que sa culpabilité n’a pas été reconnue par un jugement irrévocable, est destiné à protéger l’individu contre La puissance publique.” Cf. GUINCHARD, Serge; BUISSON, Jacques. **Procédure Pénale**. 3.ed. Paris: Litec, 2005, p.388.

¹² GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção de Inocência e Prisão Cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991, p.9.

¹³ GOMES, Luiz Flávio. **Estudos de direito penal e processual penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p.101.

¹⁴ GOMES FILHO, *op.cit.*, p.9.

¹⁵ Art 9º "Tout homme étant présumé innocent, s’il est jugé indispensable de l’arreter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s’assurer de sa personne doit être sévèrement reprimée par la loi".

¹⁶ No mesmo sentido é a lição de Andrea Antonio Dalia e Marzia Ferraioli, *in verbis*: “La presunzione di non colpevolezza è tanto regola probatoria di giudizio, quanto regola di trattamento dell’imputato.” Cf. DALIA,

O apelo à Presunção de Inocência como direito natural, inalienável e sagrado do homem, surgiu como resposta às exigências iluministas, que partiam da premissa de que era preferível a absolvição de um culpado à condenação de um inocente. Em última instância, clamava-se pela substituição do procedimento inquisitório do *ancien régime* por um processo penal que assegurasse a estrita legalidade das punições, bem como a igualdade entre a acusação e a defesa.¹⁷

Após a desastrosa experiência da Segunda Guerra Mundial, o princípio se disseminou, embasado, sobretudo, pelo pensamento jurídico-liberal, sendo acolhido por importantes diplomas jurídicos internacionais, como meio de afirmação dos valores fundamentais da pessoa humana.

Assim, dentre as disposições relativas às garantias do justo processo, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada pela ONU em 1948, dispõe em seu art. 11.1 que "toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se prove sua culpabilidade, conforme a lei e em juízo público no qual sejam asseguradas todas as garantias necessárias à defesa". O princípio vem relacionado, portanto, à efetividade do direito e à tutela jurisdicional.

Já o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, assinado pela Assembléia Geral da ONU, em 1966, além de reafirmar o direito à Presunção de Inocência (art. 14.2), trata mais detalhadamente das garantias mínimas em favor de toda pessoa acusada da prática de um delito (art. 14.3).

No entanto, apesar da enumeração minuciosa e exaustiva dessas garantias, as Nações Unidas são criticadas por não possuírem mecanismos eficientes para sua aplicação prática, reduzindo sua tutela a recomendações de cunho político.¹⁸

Cumprindo observar que dispositivos semelhantes foram introduzidos na Convenção Européia para a proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (art. 6.2). A grande inovação do sistema europeu consistiu em conferir maior efetividade à defesa

Andrea Antonio; FERRAIOLI, Marzia. **Manuale di Diritto Processuale Penale**. 5.ed. Padova: Cedam, 2003, p.254.

¹⁷ GOMES FILHO, *op.cit.*, p.9-11.

¹⁸ GOMES FILHO, *op.cit.*, p.19.

desses direitos, mediante a previsão de recurso individual à Comissão Européia, assim como aplicação de sanções aos governos violadores dos direitos assegurados.¹⁹

No continente americano, a Convenção sobre Direitos Humanos, assinada na Conferência de San José, Costa Rica, em 1969 ("Pacto de San José de Costa Rica"), subscrita por nosso país, assegurou a Presunção de Inocência, em seu art. 8º, ao afirmar que "(...) toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se comprove legalmente sua culpa".²⁰

No plano doutrinário e programático devem ser destacadas as propostas contidas nos Projetos de Código Penal e Processo Penal – Tipos, previstos para a América Latina.

Em comum, ambos os textos prevêem que o tratamento dispensado ao acusado seja no sentido de sua inocência; ressaltam também a imprescindibilidade do devido processo penal e o caráter excepcional da coerção contra o acusado.²¹

Todavia, foi a partir da inclusão dos preceitos básicos do direito processual nos textos constitucionais modernos - do pós-guerra - que o princípio da Presunção de Inocência adquiriu status de verdadeira condição ao exercício da repressão no Estado de Direito.²²

No Brasil, o princípio foi erigido a dogma constitucional pela Carta Magna de 1988 e previsto no rol dos direitos e garantias fundamentais (art. 5º, inc. LVII). Em França, "Le Conseil constitutionnel a reconnu valeur constitutionnelle au principe de la présomption d'innocence."²³

Embora parte da doutrina já o considerasse como informador do ordenamento pátrio, desde a adesão brasileira à Declaração Universal de Direitos, de 1948, argumentava-se, no sentido oposto, ou seja, de que o referido princípio jamais fora respeitado entre nós.²⁴

Assim, conforme acentua Tourinho Filho, não foi observada nenhuma reforma processual que pretendesse amoldar o nosso diploma processual penal ao princípio da

¹⁹ GOMES FILHO, *op.cit.*, p.20.

²⁰ GOMES, *op.cit.*, p.102.

²¹ GOMES FILHO, *op.cit.*, p.21.

²² GOMES FILHO, *op.cit.*, p.22-23.

²³ Cf. GUINCHARD, Serge; BUISSON, Jacques, *op.cit.*, p.388.

²⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**, vol.1, 30.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.69.

Presunção de Inocência, chegando-se à conclusão "de que a adesão do nosso Representante junto a ONU, àquela Declaração, foi tão somente poética, lírica, com respeitável dose de demagogia diplomática...".²⁵ Entretanto, desde a Constituição de 1988, Tourinho Filho diz que a situação mudou e aduz: "Agora é diferente. O princípio foi erigido à categoria de dogma constitucional."²⁶

É relevante ressaltar que a redação utilizada pelo constituinte de 1988 - "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória(...)" - inspira-se, nitidamente, na Constituição Italiana de 1948.²⁷ Distanciando-se, assim, da Constituição Portuguesa de 1976 e da Constituição Espanhola de 1978, que se referem explicitamente à Presunção de Inocência, nossa Lei Maior não utilizou expressamente a locução, suscitando uma interpretação dúbia acerca do preceito constitucional.²⁸

As razões que influenciaram essa ambígua redação remontam ao debate doutrinário envolvendo as escolas penais italianas: a liberal clássica, que teve como expoentes Carrara e Carmignani, a Positivista (Ferri e Garofalo) e a Técnico-Jurídica (Manzini e Alfredo Rocco).²⁹ Alexandra Vilela, ao comentar o posicionamento da escola clássica, forte nos ensinamentos de Carrara, aduz:

“Deste jeito, a presunção de inocência é encarada como um postulado fundamental, de que parte a ciência penal nos seus estudos acerca do processo penal, de tal forma que se manifestará inexoravelmente naquele, seja ao nível das regras de competência, seja na legal, completa e atempada notificação, seja na moderação a ter em conta aquando da prisão preventiva, seja ao nível da matéria de prova, seja ao nível da prudência que deverá estar presente aquando da audição das testemunhas, seja nas condições de legalidade para obtenção da confissão (...).”³⁰

²⁵ TOURINHO FILHO, *op.cit.*, p.69.

²⁶ Cf. TOURINHO FILHO, *op.cit.*, p.69.

²⁷ Art. 27.2: "L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva"

²⁸ GOMES, *op.cit.*, p.102.

²⁹ GOMES, *op.cit.*, p.103-104.

³⁰ VILELA, Alexandra. **Considerações Acerca da Presunção de Inocência em Direito Processual Penal**. Coimbra: Coimbra, 2000, p.38.

Já no tocante às Escolas Positivista e Técnico-Jurídica, a aludida autora assim se manifesta:

“A escola positivista, e mais tarde com maior acuidade, a escola técnico-jurídica, rejeitam o princípio da presunção de inocência concebido nos moldes da doutrina clássica, baseando-se em argumentos de política criminal, revelando uma preocupação com o enfraquecimento de medidas de defesa social contra a delinquência. Daqui decorre ainda que estas escolas rejeitem qualquer instituto que possa ser relacionado com o princípio do favor rei, uma vez que enfraqueciam a acção processual do Estado.”³¹

Enfim, estas últimas sustentavam que a tutela do interesse social de repressão à delinquência deveria preponderar sobre o interesse individual de liberdade. Conclui-se, então, que o discurso antiliberal da Escola Técnico-Jurídica, de base político-fascista, foi determinante na elaboração do art. 27 da Constituição Italiana de 1948 que, por sua vez, influenciou o legislador pátrio a adotar uma postura "neutra", que trata o acusado como “indiciado” - nem culpado, nem inocente.

Consoante os defensores desta corrente³², o aludido artigo italiano teria consagrado a "presunção de não culpabilidade". No entanto, a doutrina mais recente defende que não é mais possível distinguir uma da outra e que, na verdade, a Constituição Italiana acabou consagrando o princípio da Presunção de Inocência.³³ Igual é o entendimento de Illuminati.³⁴

Demais disso, está cada dia mais consolidado o entendimento de que o princípio deve ser entendido como o coroamento do *due process of law* e afirmação da democracia moderna.

De fato, a operatividade da Presunção de Inocência se relaciona, de forma indissociável, ao princípio do devido processo legal (*due process of law*), pois sem a

³¹ VILELA, *op.cit.*, p.42.

³² Manzini, Guarnieri, Frosali, Vannini. Cf. GOMES, *op.cit.*, p.105.

³³ Cf. GOMES, *op.cit.*, p.105.

³⁴ ILLUMINATI, Giulio. **La presunzione d'innocenza dell'imputato**. Bolonia: Zanichelli, 1979, p.21.

observância deste último, estar-se-á sujeito às mais variáveis circunstâncias sócio-políticas e à arbitrariedade do poder estatal.³⁵

Presunção de Inocência e Devido Processo Legal são, portanto, conceitos interdependentes, que traduzem a concepção de que o reconhecimento da culpabilidade exige, acima de tudo, um processo justo, com paridade de armas entre o poder repressivo estatal e o direito à liberdade.³⁶

Consoante os defensores desse posicionamento, a garantia constitucional não se revela apenas como expressão do *in dubio pro reo*, mas deve se impor como regra de tratamento do indiciado/acusado³⁷, que antes da condenação não pode sofrer qualquer equiparação ao culpado; sobretudo quando se compreende a Presunção de Inocência como verdadeira decorrência do princípio basilar do *favor rei*.³⁸

Ao consagrar a Presunção de Inocência ou de não culpabilidade, no artigo 5º, inciso LVII, a Carta Magna dá o benefício da dúvida ao acusado. Quanto à distinção entre Presunção de Inocência ou de não culpabilidade, como já manifestado *alhures*, cabe destacar que alguns doutrinadores não fazem distinção acerca das locuções referidas. Luiz Flávio Gomes, assim se manifesta:

“a) Não possui nenhum sentido, diante do que foi exposto até aqui, não considerar que no inc. LVII do art. 5º da CF está escrito, com todas as letras, o princípio da presunção de inocência, com toda carga liberal e democrática que carrega em sua história, tendo como ponto de arranque (em termos de *ius positum*) a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), de fundo indubitavelmente iluminista. Mais do que presunção de não culpabilidade (que provém de uma visão ‘neutral’, típica do engajamento político

³⁵ ANDRADE, Gustavo Fernandes. Prisão Cautelar e Presunção de Inocência, Necessidade e Compatibilidade. In: TUBENCHLAK, James (Coord.). **Livro de Estudos Jurídicos**. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, p.161.

³⁶ GOMES FILHO, *op.cit.*, p.47.

³⁷ GOMES FILHO, *op.cit.*, p.37.

³⁸ Tourinho Filho, amparado em doutrina internacional, aduz que: “o princípio do *favor rei* é o princípio base de toda a legislação processual penal de um Estado, (...)”. E, adiante, afirma que ele (o princípio do *favor rei*) “(...) deve constituir um princípio inspirador da interpretação. Isto significa que, nos casos em que não for possível uma interpretação unívoca, mas se conclua pela possibilidade de duas interpretações antagônicas de uma norma legal (antinomia interpretativa), a obrigação é escolher a interpretação mais favorável ao réu (cf. *Instituições*, cit., p. 296).” Cf. TOURINHO FILHO, *op.cit.*, p.73.

acrítico do jurista), o que temos no texto sub examinem é a verdadeira e própria presunção de inocência.”³⁹

Simplificando a questão, de maneira lapidar, Malatesta afirma:

“A experiência nos mostra que são, felizmente, em número muito maior os homens que não cometem crimes que aqueles que os cometem; a experiência nos afirma, por isso, que o homem ordinariamente não comete ações criminosas, isto é, que o homem é, via de regra, inocente: e como o ordinário se presume, também a inocência.

Eis a que fica reduzida a presunção indeterminada e inexata de bondade, quando se queira determinar nos limites racionais. Não falamos, por isso, de presunções de bondade, mas de presunção de inocência, presunção negativa de ações e omissões criminosas, presunção sustentada pela grande e severa experiência da vida.”⁴⁰

Sendo assim, presume-se o réu inocente, até a condenação final. Isto porque os princípios, notadamente o da Presunção de Inocência, são verdadeiras normas eleitas pelo constituinte como alicerce, ou fundamento, da ordem jurídica instituída.

Logo, o acusado pode, por exemplo, em seu interrogatório, afirmar que agiu em legítima defesa e nada mais declarar, calando-se. É a acusação (Ministério Público ou querelante) que, ao provar o fato criminoso, com todas as suas circunstâncias jurídicas relevantes, ilidirá a alegação, sem fundamento, propalada pelo réu. Transferir o ônus da prova no tocante à legítima defesa (exemplo dado acima) ou a qualquer outra excludente de ilicitude ou culpabilidade é negar vigência ao preceito constitucional, e à lei (artigo 386, VI, *in fine*, do CPP), pois não se conseguindo produzir esta prova, presumir-se-ia a culpa (em sentido *lato*). Teríamos, então, uma situação inusitada, qual seja: haveria Presunção de Inocência se o réu se calasse por completo, nada dizendo. Mas, se, monossilabicamente, alegasse uma excludente de ilicitude ou de culpabilidade, transferir-se-lhe-ia o ônus da

³⁹ GOMES, *op.cit.*, p.107.

⁴⁰ MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Tradução de Paolo Capitanio. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2001, p.139.

prova e, então, desmoronaria a Presunção de Inocência (princípio constitucional). Diga-se de passagem, a ampla defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes (art.5º, LV, CRFB/88), viraria letra morta, pois seria mais vantajoso ao réu não se defender.

Enfim, a Presunção de Inocência valeria “de vez em quando”. Penso tratar-se de um contrassenso. No mesmo sentido, Afrânio S. Jardim, afirma:

“Assim, não nos parece cientificamente correto resolver a questão do ônus da prova na ação penal condenatória na dependência do que, neste ou naquele caso, foi alegado pela acusação ou pela defesa. Repita-se: a defesa não manifesta uma verdadeira pretensão, mas apenas pode se opor à pretensão punitiva do autor. Urge, destarte, tratar o problema do ônus da prova dentro de um sistema lógico, em termos genéricos e não casuisticamente”.⁴¹

A meu juízo, a Presunção de Inocência transfere toda a carga probatória à acusação⁴². Malatesta, mais uma vez, sintetiza a questão afirmando que “(...) a inocência se presume. Por isso, no juízo penal, a obrigação da prova cabe à acusação”⁴³.

2.2) Do princípio do *in dubio pro reo*

Igualmente, o que foi escrito acima vale para o princípio do *in dubio pro reo*⁴⁴. Ora, se a dúvida favorece o réu, como impor-lhe o ônus de provar excludentes de ilicitude ou de culpabilidade? A resposta é dada por Paolo Tonini ao aduzir que “(...) no processo penal, o órgão acusador tem o ônus de provar a responsabilidade do acusado de modo a eliminar a

⁴¹ JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.212.

⁴² Novamente, valer-me-ei das lições de Luiz Flávio Gomes: “e) E esse ônus de comprovar os fatos e a atribuição culpável (imputação subjetiva) deles ao acusado, por força do art. 156 do CPP, cabe a quem formula a acusação”. Cf. GOMES, *op.cit.*, p.112.

⁴³ MALATESTA, *op.cit.*, p.142.

⁴⁴ Frederico Marques aduz: “A acolhida mais expressiva desse princípio, na legislação pátria, encontra-se no artigo 386, nº VI, do Código de Processo Penal, quando diz que o juiz absolverá o réu se não existir prova suficiente para a condenação. Está aí, perfeitamente cristalizada, a aplicação do *in dubio pro reo*.” Cf. MARQUES, Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**, vol. II. São Paulo: Bookseller, 1998, p.260-261. A edição consultada é anterior à Lei 11.690/08, que deu nova redação ao artigo 386.

dúvida.”⁴⁵ É de se ressaltar novamente, o réu apenas se opõe à pretensão acusatória, não lhe compete fazer nenhuma contraprova, pois a ele é possível negar, ainda que sem fundamento algum, o que desejar. É a acusação que, ao provar o fato criminoso com todas as suas circunstâncias jurídicas relevantes, infirmará as alegações defensivas. Logo, estando o *in dubio pro reo* intimamente ligado à Presunção de Inocência, a dúvida deve sempre vir em socorro do acusado. Como bem salienta Alexandra Vilela:

“O *in dubio* está directamente ligado à questão da produção da prova e da distribuição do ónus da prova, por um lado, e que, por outro lado, uma das mais importantes consequências da presunção de inocência se revela na não necessidade do argüido provar a sua inocência para ser absolvido, concluindo-se, em consequência que ambos os princípios actuam sobre o mesmo campo, neste caso o da prova”⁴⁶

Neste sentido, como deixei escapar acima, a nova redação do artigo 386, VI, do Código de Processo Penal, dada pela lei 11.690, de 2008, parece aclarar a questão. Assim, eventuais dúvidas acerca de excludentes de ilicitude ou de culpabilidade alegadas, mas não provadas, levarão, inexoravelmente, à absolvição do acusado.

Por fim, há que se perceber que a Presunção de Inocência possui caráter mais geral, ao passo que o *in dubio pro reo* é mais específico, relacionando-se ao caso concreto.

Ressalte-se que, apesar de não estar previsto expressamente na Magna Carta, o princípio do *in dubio pro reo* é de suma importância, não restando “desprestigiado” em virtude de ausência expressa no texto constitucional.

2.3) O ónus da prova: repartição e importância

Retornando ao problema central, é possível afirmar que a doutrina alienígena dispensa pouca ou nenhuma atenção ao tema. Eugenio Florian entende, de forma bem esquemática e resumida, que a questão do ónus da prova é de pouca importância, uma vez

⁴⁵ TONINI, Paolo. **A Prova no Processo Penal Italiano**. Tradução de Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Revista do Tribunais, 2002, p.69.

⁴⁶ VILELA, *op.cit.*, p.78.

que cabe ao juiz buscar as provas em homenagem ao princípio da verdade real. Sendo assim, a atividade das partes seria subsidiária e de menor importância. Assim se manifesta o citado autor e, posto que longas, merecem transcrição suas lições:

“En nuestro derecho positivo actúan ambos, pero prevalecen notablemente las facultades conferidas al juez en materia de prueba. Es lo contrario de lo que ocurre en el proceso civil, donde por regla general corresponde a las partes fijar los hechos relevantes para la causa y proponer los medios de prueba pertinentes.

En el proceso penal las partes tienen una función subordinada. Más amplia es la del juez, en razón a que lo más importante en él es el descubrimiento de la verdad objetiva, para el cual es indispensable la labor del juez. La manifestación más importante de estos poderes autónomos de actividad probatoria que corresponde al juez la encontramos en el debate, donde sin necesidad de petición de las partes, éste tiene facultades de prueba supletoria (arts. 455 y 457). Estos poderes instructorios del juez por cima de la actividad de las partes, son expresión del amplio y especial carácter público que se imprime al juicio penal.”⁴⁷

Vicenzo Manzini, outro processualista de renome, também é do mesmo sentir e endossa a posição de Eugenio Florian⁴⁸.

Eduardo Couture, em entendimento que parece equivocado, manifesta-se pela desnecessidade de se falar em ônus da prova, devendo tal expressão ser inclusive banida da ciência processual penal⁴⁹.

No Direito Soviético, a solução adotada é bastante peculiar, pois não se nega a inocência do acusado até que surja posterior prova em contrário. Entretanto, reparte-se o

⁴⁷ FLORIAN, Eugenio. **Elementos de Derecho procesal penal**. Tradução de L. Prieto Castro. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1933. p.318-319.

⁴⁸ MANZINI, Vicenzo. **Tratado de Derecho Procesal Penal**, tomo III. Tradução de Santiago Sentís Melendo e Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952, p.200-202.

⁴⁹ Couture assim se manifesta: “Neste sentido é necessário acompanhar a mesma orientação do processo penal, em que se preferiu ‘riscar a expressão ônus da prova’ do vocabulário da ciência.” Cf. COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos do Direito Processual Civil**. Tradução de Benedicto Giacobini. São Paulo: Red Livros, 1999, p.161.

ônus da prova entre acusador e acusado, ou seja, ao acusador cabe demonstrar os fatos que fundamentam sua pretensão e, ao acusado, os que a infirmam⁵⁰.

Em que pese a opinião dos ilustres doutrinadores não concordo com suas exposições.

Primeiramente, tomou-se a questão do ônus da prova sob o aspecto subjetivo, o que, definitivamente, não é o caso. Já no direito soviético, a solução adotada não apreende o fenômeno em sua inteireza.

O fato de o juiz buscar provas e tentar chegar à verdade não impede a atividade das partes de fornecerem elementos à convicção do julgador. Isso porque a atividade do magistrado deve ser sempre supletiva à das partes e, malgrado todo esforço probatório, podem pairar dúvidas acerca da ocorrência dos fatos⁵¹. Nesse momento é que ganham importância as regras do ônus da prova, pois tais visam dar uma direção em virtude de dúvida insuperável. Sem as regras do ônus da prova a orientá-lo, o julgador ver-se-ia sem caminhos diante de dúvidas acerca da imputação. A busca da verdade pelo julgador, em minha opinião, nada tem a ver com as regras do ônus da prova⁵².

É de se ressaltar que as regras de experiência mostram que nenhum juiz, salvo se possuir uma mente doentia, condena diante de dúvidas quanto à culpa do réu. Entretanto, o que se quer com esse singelo trabalho é estipular, e aclarar, o que deve ser provado, ou seja, como se fará a distribuição do ônus da prova.

⁵⁰ Andrei Vishinski assim resume a questão: “Conclusão: a regra do deslocamento do **onus probandi** somente pode ser formulada no sentido de que: a) a prova das circunstâncias que confirmam a acusação cabe ao acusador; b) a prova das circunstâncias que negam a acusação compete ao acusado.” Cf. VISHINSKI, Andrei. **A Prova Judicial no Direito Soviético**. Tradução de Roberto Pereira de Vasconcelos. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1957, p.131.

⁵¹ José Roberto dos Santos Bedaque, tratando do processo civil, mas em lição inteiramente aplicável ao processo penal, assim se manifesta no tocante ao ônus da prova e aos poderes instrutórios do juiz: “As regras referentes à distribuição do ônus da prova devem ser levadas em conta pelo juiz apenas e tão-somente no momento de decidir. São regras de julgamento, ou seja, destinam-se a fornecer ao julgador meios de proferir a decisão, quando os fatos não restaram suficientemente provados. Antes disso, não tem ele de se preocupar com as normas de distribuição do ônus da prova, podendo e devendo esgotar os meios possíveis, a fim de proferir julgamento que retrate a realidade fática e represente a atuação da norma a situação apresentada em juízo.” Cf. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes Instrutórios do Juiz**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.117-118.

⁵² É interessante notar que na doutrina italiana, como já se viu em Manzini, há forte tendência em conferir pouca importância as regras de ônus da prova, face a possibilidade do juiz agir na busca da “verdade real”. Cf. LEONE, Giovanni. **Tratado de Derecho Procesal Penal**, vol.II. Tradução de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1963, p.155-161.

Na doutrina nacional, os autores que escreveram antes da “reforma” de 2008, não enfrentaram a questão de modo correto.

Eduardo Espínola Filho foge do tema. Limita-se a tecer comentários sobre o papel do juiz no moderno direito processual penal e em certa passagem afirma que “(...) muito perde do seu prestígio a velha regra de que o onus da prova da alegação compete a quem a faz”. Em suma, não há aprofundamento da matéria e, demais disso, o autor dá importância maior ao aspecto subjetivo do ônus da prova⁵³.

Hélio Tornaghi, um dos maiores processualistas de todos os tempos, assinala que:

“Portanto, o sentido do art. 156 deve ser êsse: ressaltadas as presunções, que invertem o ônus da prova, as alegações relativas ao fato constitutivo da pretensão punitiva têm de ser provados pelo acusador e as referentes a fatos impeditivos ou extintivos devem ser provados pelo réu. Essa, aliás, é a orientação do Código de Processo Civil (§ 1º do art. 209), apenas devendo observar-se que ali só se exige prova de fato controverso”.⁵⁴

José Frederico Marques, outro grande processualista, pensa como Tornaghi e afirma que:

“O Ministério Público deve provar a prática do fato típico. Feita essa demonstração fundamental, segue-se o juízo de valor sobre a licitude da conduta tipificada. Existindo uma causa excludente da antijuridicidade, o fato típico não será ilícito. Ao réu, porém, incumbe provar a existência dessa causa excludente da ilicitude, para que demonstre ter agido secundum jus”.⁵⁵

E, conclui mais adiante:

“De um modo geral, o onus probandi é repartido, também no processo penal, segundo a regra de que “incumbe a cada uma das partes alegar e provar os fatos que são base da norma que lhes é favorável.”⁵⁶

⁵³ ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Código de Processo Penal Brasileiro Anotado**, vol.2. 5.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959, p.454-455.

⁵⁴ TORNAGHI, Hélio. **Instituições de Processo Penal**, vol.IV. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p.232.

⁵⁵ MARQUES, *op.cit.*, p.267.

⁵⁶ MARQUES, *op.cit.*, p.268.

Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha, em obra mais moderna, sustenta a posição acima mencionada e chega a citar o professor Tornaghi⁵⁷.

Fernando da Costa Tourinho Filho, na esteira dos ensinamentos acima mencionados, aduz:

“Se, por acaso, a Defesa argüir em seu prol uma causa excludente de antijuridicidade ou de culpabilidade, é claro que, nessa hipótese, as posições se invertem, tendo inteira aplicação a máxima *actori incumbit probatio et reus in excipiendo fit actor...* Diga-se o mesmo se a Defesa alegar a extinção da punibilidade.”⁵⁸

Os autores incorriam sempre nos mesmos erros.

A rigor, como já se afirmou *alhures*, o réu nada tem a provar, sua única incumbência é a de opor-se à pretensão acusatória. É a acusação que deve provar o que alegou. Não se pode, por analogia, impor ao processo penal a distribuição do ônus da prova, referida pelo Código de Processo Civil, ou seja, não há inversão desse ônus se o réu alegar excludentes de ilicitude ou de culpabilidade. Volta-se a afirmar, o ônus da prova é todo da acusação, consoante o disposto no artigo 41 da Lei Processual Penal. Ao narrar o fato criminoso com todas as suas circunstâncias o acusador está afirmando que foi cometido um fato típico, antijurídico e culpável. Logo, o réu não poderia ter agido, por exemplo, em legítima defesa.

Mittermaier manifestou-se pela impossibilidade de se transferir ao réu o ônus de provar uma excludente de ilicitude, como, por exemplo, uma legítima defesa. Suas lições, por sua clareza, merecem transcrição:

“As analogias do processo civil ainda fizeram considerar as justificações dadas pelo acusado, com relação a circunstâncias de fato a si favoráveis, como verdadeiras exceções, cuja prova lhe incumbe. Porém é este um dos raciocínios mais falsos e perigosos. A confusão que a este respeito reina no direito civil,

⁵⁷ CAMARGO ARANHA, Adalberto José Q. T. de. **Da Prova no Processo Penal**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p.10-15.

⁵⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**, vol.3, 30.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.245.

encontramo-la no direito criminal, sempre que para aí passa um tal princípio; e assim como no primeiro tentou-se classificar sob diversas denominações as exceções que o réu pode apresentar, assim também os antigos criminalistas trataram da exceção *álibi* e da exceção *culpa*; e, se nos modernos tempos caíram em desuso estas denominações, não deixou de substituir em alguns espíritos a opinião de que, em matéria de exceção (se, por exemplo, alega-se o caso de legítima defesa, etc., etc.), a prova compete ao acusado. Ora, embora restrita a um pequeno número de casos, esta opinião é insustentável com referência ao processo criminal; e, especialmente aplicada à confissão parcial (qualificada), tem produzido grandes inconvenientes.”⁵⁹

Como se não bastasse, incorre-se em outro erro.

Sustenta-se que, em virtude do fato ser típico, presumir-se-ia sua antijuridicidade⁶⁰. Logo, alegada, v.g, uma excludente de ilicitude, caberia ao réu prová-la. Aqui fica mais patente o engano, pois o raciocínio é válido para a teoria do delito e não para reger normas probatórias de direito processual. É necessário que se construa uma teoria que valha para qualquer situação, ou seja, as regras do ônus da prova devem valer sempre. Não se pode dar aplicação parcial aos princípios da Presunção de Inocência e do *in dubio pro reo* sob pena de desnaturação dos mesmos, pois a Presunção de Inocência “(...) *actúa siempre que deba adoptarse una resolución, judicial o administrativa, que se base en la condición o conducta de las personas y de cuya apreciación se derive um resultado punitivo, sancionador o limitativos de sus derechos (...)*”⁶¹

Surge, então, a questão da prova acerca do dolo, a ser feita pela acusação. Como isso seria feito? Ora, ao provar o fato principal com todas as suas circunstâncias (art. 41 do CPP), o dolo emergiria do contexto probatório. Com o advento da Teoria Finalista, o dolo passou a integrar o tipo, em seu aspecto subjetivo, logo, repita-se, ao provar o fato e suas

⁵⁹ MITTERMAIER, C.J.A.. **Tratado da Prova em Matéria Criminal**, 3.ed., 2.tir.. Tradução de Herbert Wüntzel Heinrich, São Paulo: Bookseller, 1997, p.124.

⁶⁰ Em verdade, a tipicidade não indicia a antijuridicidade e sim a fundamenta. Para um melhor entendimento da matéria, cf. TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

⁶¹ RODRÍGUEZ, Ricardo Fernández. **Derechos Fundamentales y Garantías Individuales en el Proceso Penal**. Granada: Comares, 2000, p.50.

circunstâncias (art. 41 do CPP) a acusação (Ministério Público ou querelante) provaria que o réu agiu dolosamente.

Há, outrossim, que se fazer referência à culpabilidade. Tal há de ser entendida como um juízo de reprovação do agente acerca de um fato. Ou seja, o mesmo podendo, e devendo, agir de acordo com a lei, não o faz. É como assenta Juarez Tavares, quando aduz que “(...) a culpabilidade assenta-se, precisamente, no poder do autor de não ter agido antijuridicamente”⁶². A culpabilidade é formada pelos seguintes elementos: imputabilidade, exigibilidade de conduta diversa e potencial consciência da ilicitude. E, é da acusação a incumbência de provar seus elementos⁶³. Assim, se o réu alegar eventuais excludentes de culpabilidade, cabe à acusação ilidi-las. A dúvida também socorrerá o acusado (artigo 386, VI, do CPP).

Portanto, ao réu, que se presume inocente, e que não pode ter o ônus de provar excludentes de sua culpabilidade, não cabe fazer prova de nenhuma delas, como bem ressaltou Alexandra Vilela: “A presunção de inocência assume-se assim enquanto regula iuris na repartição do ônus substancial da prova segundo a qual a prova da culpabilidade recai sobre quem oferece a acusação”⁶⁴

Por fim, no que concerne à culpa, em sentido estrito, vislumbram-se as modalidades da imprudência, da imperícia e da negligência.

Igualmente, a prova das mencionadas modalidades de culpa fica, também, inteiramente a cargo da acusação. Apenas para exemplificar, se o *Parquet* narra um acidente de trânsito, cabe a ele demonstrar que o réu dirigia dessa ou daquela forma e, portanto, de forma imprudente.

Tourinho Filho é do mesmo sentir e sua posição vem ao encontro da que ora se defende:

“Cabe, pois, à parte acusadora provar a existência do fato e demonstrar sua autoria. Também lhe

⁶² TAVARES, Juarez. **Teorias do Delito** (Variações e Tendências). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p.73.

⁶³ Se o réu, por exemplo, junta aos autos certidão comprobatória de sua menoridade, cabe à acusação provar que tal certidão é falsa, ilidindo, assim, a afirmação defensiva.

⁶⁴ VILELA, *op.cit.*, p.54.

cabe demonstrar o elemento subjetivo que se traduz por dolo ou culpa. Se o réu goza da presunção de inocência, é evidente que a prova do crime, quer a parte *objecti*, quer a parte *subjecti*, deve ficar a cargo da Acusação”⁶⁵.

Parece inarredável a conclusão de que a doutrina não tratava a questão do ônus da prova de maneira sistemática, caindo em sucessivas contradições, seja por seus próprios argumentos, seja pela inobservância dos princípios constitucionais aludidos no trabalho.

Ora, quando se afirma que o ônus da prova é todo da acusação, desde que o réu não oponha qualquer excludente de ilicitude ou de culpabilidade é trabalhar com premissas compatíveis, por exemplo, com a teoria do delito e não com as regras de direito probatório que são de natureza processual. É, outrossim, negar vigência aos princípios da Presunção de Inocência e do *in dubio pro reo*, que valerão “em algumas situações”, casuisticamente, e não em sua inteireza, como verdadeiras normas que são.

Ricardo Rodríguez Fernández, sintetiza, citando orientação jurisprudencial, a relação entre o ônus da prova e os princípios mencionados no texto, mormente o da Presunção de Inocência:

“Así afirma el TS (vid., S 21 nov 1994) que este principio supone, substancialmente, que hay que partir inexcusablemente de la inocencia y es el acusador quien tiene que probar los hechos y la culpabilidad del acusado, sin que éste aparezca gravado con la carga procesal de demostrar su inocencia”.⁶⁶

3.CONCLUSÃO

Em suma, é a acusação que deve provar um fato típico, antijurídico e culpável, com suas circunstâncias relevantes. Ao réu, em virtude dos aludidos princípios, constitucionais e infra-constitucionais, cabe, tão somente, opor-se à pretensão acusatória, não alegando fato

⁶⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**, vol.3, 30.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.245.

⁶⁶ Ricardo Rodríguez, *op.cit.*, p.55.

algum⁶⁷. Assim, o *caput* do artigo 156 é totalmente equivocado (aliás, os seus respectivos incisivos também o são). Eventuais dúvidas quanto às alegações defensivas, notadamente no que diz respeito às excludentes de ilicitude e de culpabilidade conduzem à absolvição do acusado (artigo 386, VI, do CPP). Aqui, mais uma vez, valer-me-ei das lições de Afrânio S. Jardim: “Sob o prisma processual, somente a acusação é que alega fatos, atribuindo-os ao réu. Eventual “alegação” deste, será tão-somente aparente, vez que juridicamente deve ser reputada como mera negação dos fatos alegados na denúncia ou queixa”.⁶⁸

Isto porque é imperioso que os princípios da Presunção de Inocência e do *in dubio pro reo*, como verdadeiras normas-princípios (de aplicação cogente), valham sempre e não casuisticamente. Tais, mormente o da Presunção de Inocência, “(...) enquanto regra probatória, tem como consequência o facto de ser a acusação quem tem de carrear para o processo o material probatório, desonerando o argüido do ônus da prova da sua inocência”.⁶⁹ Com isso, preservam-se (resgatam-se) os valores (sobretudo o valor liberdade) de um Estado, que se diz Democrático de Direito, e que, por pior que possa parecer, mostra-se infinitamente superior aos regimes autoritários que já assolaram nosso país.

Enfim, o que se pretendeu com esse singelo estudo foi fomentar o debate em torno do assunto, que não possuía o tratamento adequado, esperando-se que a “reforma” (lei 11.690/08) ponha os “pingos nos is”.

⁶⁷ Quanto à afirmação feita acima, a lição de Malatesta, que possui uma das melhores obras sobre a prova em sede criminal, é a seguinte: “O demandado que opõe uma exceção à ação contrária tem obrigação de produzir uma prova completa de sua exceção ou ao menos de uma prova superior à da ação de que quer defender-se. Ao acusado, ao contrário, que expõe desde logo um justificativa ou uma desculpa, não incumbe a obrigação da prova completa, basta-lhe que sua asserção seja crível, mesmo quando a prova da defesa seja inferior à da acusação e chega-se somente a tornar crível a justificação ou desculpa apresentada, só por isso ele triunfa. Por isso, para evitar confusões, é melhor não falar de exceções em matéria penal.” Cf. Malatesta, *op.cit.*, p.143-144.

⁶⁸ JARDIM, *op.cit.*, p.213.

⁶⁹ VILELA, *op.cit.*, p.121. A autora faz a afirmação em relação ao processo penal português, mas suas lições são de total aplicação ao nosso ordenamento.

EM DEFESA DOS EMBARGOS INFRINGENTES: REFLEXÕES SOBRE OS RUMOS DA GRANDE REFORMA PROCESSUAL

José Augusto Garcia de Sousa

Defensor Público no Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor Assistente de Direito Processual Civil da UERJ. Professor de Direito Processual Civil da Fundação Getúlio Vargas (RJ)

RESUMO: O artigo alinha inúmeras razões pelas quais deve ser preservado o recurso de embargos infringentes na grande reforma processual que está em marcha. Deixa-se demonstrado que eventual supressão do recurso, a par de pouco ou nada significar em termos de aceleração da prestação jurisdicional, vai de encontro a várias linhas evolutivas muito prezadas pela dogmática processual contemporânea.

PALAVRAS-CHAVE: Reforma Processual Brasileira – Recursos – Embargos Infringentes – Argumentação Jurídica – Movimento do Acesso à Justiça – Direitos Fundamentais.

ABSTRACT: It is now being discussed in Brazil a legislative proposal of an extensive reform in the Code of Civil Procedure enacted in 1973. One of the suggested innovations is the extinction of a specific kind of appeal called “embargos infringentes”. This article gives reasons in support of the maintenance in Brazilian legislation of this kind of appeal. It purports to demonstrate that the suppression of this appeal is uncongenial with the chief lines of evolution of civil procedural law. It shows also that the extinction of this appeal may not bring any significant reduction of the average duration of a civil litigation.

KEYWORDS: Brazilian Procedural Reform – Appeals – “Embargos Infringentes” – Legal Argumentation – Access to Justice Movement – Fundamental Rights.

SUMÁRIO: 1. *Introdução* – 2. *Dois signos do nosso tempo: velocidade e incerteza* – 3. *Direito e incerteza* – 4. *Processo e argumentação* – 5. *Em prol do fortalecimento da argumentação no processo* – 6. *A busca do equilíbrio* – 7. *A reforma processual e os embargos infringentes* – 8. *Enfim, um recurso indispensável* – 9. *Resenha final* – 10. *Referências bibliográficas.*

1. INTRODUÇÃO

O Ato nº 379/09, do Presidente do Senado Federal, instituiu uma comissão de notáveis juristas, encabeçada pelo Ministro Luiz Fux, para a tarefa de reformar o processo civil brasileiro. Ao tempo em que se conclui este artigo (maio de 2010), os trabalhos da comissão já avançaram bastante, com a apresentação de propostas, como não poderia ser diferente, as mais alvissareiras.

Uma das propostas apresentadas, no entanto, preocupa-nos sobremodo, qual seja, a eliminação dos embargos infringentes, de resto um anseio que já foi ouvido com muita intensidade na doutrina brasileira, refluindo após a Lei 10.352/01, que deu maior racionalidade ao recurso.¹

Aqui, ousaremos remar contra a corrente. Sustentaremos a preservação dos embargos infringentes. Mais do que a defesa pontual de um meio impugnativo, estaremos defendendo uma determinada concepção do direito processual, marcada pelo equilíbrio entre o imperativo da celeridade e a também importante veia argumentativa do processo. Nesse sentido, o artigo servirá a uma reflexão acerca dos rumos da grande reforma processual em marcha.

¹ A propósito da controvertida trajetória dos embargos infringentes entre nós, confira-se José Carlos Barbosa Moreira, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V (arts. 476 a 565), 15ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2009, p. 518-521.

Independentemente do acerto ou não das ideias expostas, ao menos uma virtude não se poderá negar ao trabalho. Qual? Enfrentar o dilema maior do processo nos dias atuais, o dilema do tempo. Atenção: não estamos nos referindo somente à luta contra a morosidade processual. Todo dilema tem dois lados. É preciso cuidar também do segundo lado do dilema, e a isto se propõe o artigo.

Sem se negar de maneira alguma o mérito da dura batalha travada contra o tempo em terras processuais, não se pode deixar de observar que o processo, paradoxalmente, carece cada vez mais do seu grande inimigo! De fato, à medida que o processo judicial vai ganhando complexidade e transcendência sem precedentes na história, um tempo mais dilatado — para argumentos e debates — lhe é indispensável em não poucos casos. Eis aí o segundo lado (frequentemente negligenciado) do grande dilema do processo nos dias que correm.

Antes de se chegar à questão específica dos embargos infringentes, algumas estações serão visitadas. A primeira delas diz respeito à época em que vivemos. É dela que brota, muito antes de habitar a esfera processual, o dilema a que aludimos.

2. DOIS SIGNOS DO NOSSO TEMPO: VELOCIDADE E INCERTEZA

Dizia um dos maiores juristas que o país já teve, J. J. Calmon de Passos: “A reflexão centrada estritamente no jurídico é sempre estéril. O Direito marcha na direção em que a sociedade caminha e anda com ela e não à frente dela. A par disso, o Direito não é raiz. (...)”² Dessa forma, seja qual for o assunto discutido, convém abrir a janela e espiar o que se passa lá fora — além da cidadela jurídica. É o que passaremos a fazer, concisamente.

Em qualquer direção alcançada pela vista humana, a velocidade está presente, muitas vezes estonteante, vertiginosa. A velocidade é um dos signos maiores do tempo atual, obviedade que dispensa demonstração. O processo, por motivos igualmente evidentes, não pode ficar atrás. Há de engendrar, continuamente, técnicas que deem conta

² J. J. Calmon de Passos, *Direito, Poder, Justiça e Processo: julgando os que nos julgam*, Rio de Janeiro, Forense, 1999, p. 102.

de tanta velocidade. Perde legitimidade o instrumento que não consegue acompanhar a realidade. Se certos produtos restam obsoletos em poucos meses, como acontece por exemplo na área eletrônica, um processo versando sobre tais bens não pode levar anos para receber alguma decisão.

Mas não é só a velocidade que impregna o nosso século. Vivemos em uma sociedade pós-moderna — ou “pós-tudo”, no dizer inspirado de Luís Roberto Barroso.³ Não se sabe bem o que significa essa decantada pós-modernidade, mas curiosamente tal indefinição lhe é bastante desveladora. A matéria-prima da pós-modernidade, afinal, são doses reforçadas de fluidez e volatilidade, banhadas em relativismos fartos. Assoma então uma era de incertezas, desprovida de verdades essenciais — todas elas devidamente desconstruídas — e órfã de heróis.

Nas palavras do consagrado sociólogo Zygmunt Bauman, levamos hoje uma “vida líquida”, que vem a ser “uma vida precária, vivida em condições de incerteza constante. As preocupações mais intensas e obstinadas que assombram esse tipo de vida são os temores de ser pego tirando uma soneca, não conseguir acompanhar a rapidez dos eventos, ficar para trás, deixar passar as datas de vencimento, ficar sobrecarregado de bens agora indesejáveis, perder o momento que pede mudança e mudar de rumo antes de tomar um caminho sem volta. A vida líquida é uma sucessão de reinícios (...). Entre as artes da vida líquido-moderna e as habilidades necessárias para praticá-las, livrar-se das coisas tem prioridade sobre adquiri-las. (...) É preciso acelerar o ‘alcançar’ caso se deseje provar as delícias do ‘largar’.”⁴

Tudo conspira a favor da incerteza, até mesmo o que deveria servir à segurança. Abra-se um parêntese para abordar a questão da informação. Supostamente, a revolução da informação⁵ deveria multiplicar o conhecimento e as certezas do mundo. Isso em parte realmente acontece, mas só em parte. Por outro lado, efeitos os mais problemáticos

³ Luís Roberto Barroso, Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro, *Revista da EMERJ – Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*, nº 15, 2001, p. 11.

⁴ Zygmunt Bauman, *Vida Líquida*, tradução de Carlos Alberto Medeiros, Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 2007, p. 8.

⁵ Segundo um estudioso do tema, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho (*Direito de Informação e Liberdade de Expressão*, Rio de Janeiro, Renovar, 1999, p. 51), “a informação hoje recebida por uma pessoa em apenas um dia corresponde a anos de informação recebida pelo homem há duzentos anos”.

comparecem. A sociedade da informação, ao mesmo tempo em que estimula o crescimento intelectual das pessoas, tem o dom de nelas espicaçar dúvidas e angústias. Com uma disponibilidade muito maior de informações, as decisões amiúde se tornam mais complexas, eis que sortidos demais são os dados a ponderar. Profissionais altamente qualificados sentem-se inseguros por não conseguirem dominar todas as fontes bibliográficas de uma dada matéria (algo impossível para qualquer mortal). Médicos atendem pacientes que, graças à internet, acumularam — desordenadamente — informações especializadíssimas sobre a moléstia de que padecem. Exemplos não faltam desse contexto multiplicador de ansiedades e mal-estar. De uma forma geral, somos assaltados pela sensação de que estamos numa bicicleta que exige pedaladas cada vez mais frenéticas para não tombar.

À explosão da informação corresponderia mesmo uma “explosão de ignorância”, conforme esclarece Maria Celina Bodin de Moraes em erudito trabalho, no qual se mencionam as circunstâncias que propiciam a atual era de incertezas e instabilidades: “(...) A segunda circunstância é a que se denominou de ‘explosão de ignorância’, devida à imensa, monumental disponibilidade de informações forjadas em ambiente virtual, numa espécie de biblioteca universal. À medida que crescem os horizontes do saber, cresce, na mesma proporção, o leque das questões sem solução, do desconhecimento e, mais, se incrementa a consciência da própria ignorância, a qual gera, assim, novas incertezas. Com facilidade, se substituem os ‘resultados seguros’ de uma investigação por mais uma eventualidade, uma possibilidade ou um ponto de vista. Logo, não haverá mais tempo hábil para transformar a enorme massa de dados que já se encontram à disposição em conhecimento e, portanto, em informações passíveis de dominação ou de certeza.”⁶

Fechado o parêntese relativo à questão da informação, assinala-se que a própria velocidade desconcertante dos nossos dias contribui, e muito, para a incerteza. Velocidade e incerteza são fenômenos intimamente conectados. O ritmo acelerado atropela sem dó os juízos reflexivos. O homem contemporâneo não consegue processar a contento tantas transformações súbitas, impulsionadas por uma tecnologia cada vez mais prodigiosa. E não

⁶ Maria Celina Bodin de Moraes, *Constituição e direito civil: tendências*, *Revista de Direito da Defensoria Pública*, Rio de Janeiro, nº 16, 2000, p. 175-176.

são apenas transformações materiais. Mexe-se com rapidez até mesmo nas questões mais sagradas para a espécie, cultuadas durante milênios e milênios, como é o caso do processo biológico de concepção do ser humano, igualmente arrebatado pela tecnologia. Ocorre que o tempo da filosofia, evidentemente, mantém-se muito mais cadenciado. Desse hiato crescente entre a filosofia e a tecnologia, já quase um abismo, derivam, como não poderia deixar de ser, perplexidades insolúveis, combustível poderoso para a grande fogueira da incerteza.

Agravando o estado de incerteza, temos a presença do pluralismo, outra força marcante do mundo contemporâneo. Conquanto não seja de agora o avanço do pluralismo — haja vista as conquistas nada desprezíveis alcançadas na Idade Moderna —, ele ganhou extraordinário impulso nas últimas décadas, quer seja em virtude da mudança de mentalidades, quer seja em função de aportes tecnológicos. Transformou-se assim em um fenômeno avassalador. Vias de mão única não se aceitam mais, o que pode ser bastante salutar. Nunca se respeitou tanto o direito à diferença. Grupos tradicionalmente discriminados ganharam voz. Mas o pluralismo não opera maravilhas apenas. Ele tem um grande potencial para gerar inquietude e desnorteamento, sobretudo quando desarruma — com o posterior endosso do direito — convicções seculares em temas-chave. Desde que o homem é homem, pessoas do mesmo sexo não podiam casar-se. Já podem, em vários lugares do mundo. O fator biológico sempre foi determinante para a determinação da paternidade ou mesmo para a identificação do sexo. Não é mais.⁷ Além de tudo isso, o pluralismo visa à integração mas na prática pode implicar recorte, fracionamento, desafiando com frequência o ideal iluminista da igualdade, ainda um valor bastante respeitável entre as democracias do globo.

Sob o impacto do pluralismo, um dos filósofos mais lidos da atualidade, John Rawls (falecido em 2002), reformulou posições sustentadas na sua obra mais célebre, *A Theory of Justice*, e passou a se preocupar intensamente com uma questão fundamental: “como é possível existir, ao longo do tempo, uma sociedade justa e estável de cidadãos livres e

⁷ Consulte-se, a propósito, excepcional julgado do Superior Tribunal de Justiça acerca da transexualidade (REsp 1.008.398, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgamento unânime em 15/10/09): “Direito civil. Recurso especial. Transexual submetido à cirurgia de redesignação sexual. Alteração do prenome e designativo de sexo. Princípio da dignidade da pessoa humana.”

iguais, mas que permanecem profundamente divididos por doutrinas religiosas, filosóficas e morais razoáveis”⁸

Em meio a tanta agitação, onde está a justiça? Seria totalmente implausível que ela permanecesse incólume às vicissitudes do século que a rodeia. Dos píncaros da teoria às miudezas de um caso concreto, a incerteza ganha terreno. Pluralizam-se então as perspectivas da justiça. O que é justo individualmente pode não ser justo coletivamente, o que é justo no Oiapoque pode não o ser no Chuí, o que é justo no morro nem sempre o será no asfalto. Não bastasse, ainda se pode contrapor um justo “*absoluto*, utópico” a um justo “*possível*, realizável”, como faz Nelson Nery Junior quando trata da polêmica relativização da coisa julgada.⁹ Em consequência dessa pluralização do justo, cresce a dificuldade, em muitos casos — os “*hard cases*” —, de se identificar a parte que tem razão. Cresce também a dificuldade de se fixar a essência da “ordem jurídica justa”, na famosa expressão de Kazuo Watanabe.

A contaminação do direito pela incerteza é o tema do tópico seguinte. Mais tarde, chegaremos ao direito processual, quando então observaremos, sem maior surpresa, que um papel essencial do processo, nos tempos que correm, é o de consistir em palco privilegiado para o exercício da argumentação, visando à redução — possível — da incerteza.

3. DIREITO E INCERTEZA

Naturalmente, também o direito é um território tomado hoje pela incerteza e pelo pluralismo.

Há quase cem anos, o grande Hans Kelsen procurou colocar ordem na casa, ao elaborar uma teoria “pura” para o direito com pretensões universalistas, fomentando o formalismo extremado, a indiferença à realidade e a neutralidade axiológica do jurista.

⁸ John Rawls, *O Liberalismo Político*, tradução de Dinah de Abreu Azevedo, 2ª ed., São Paulo, Ática, 2000, p. 45-46.

⁹ Nelson Nery Junior, *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, 8ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, p. 39.

A Segunda Guerra Mundial, como se sabe, minou fortemente o positivismo kelseniano. Um pós-positivismo fez-se inevitável, arrimado em linhas muito mais flexíveis. Um expressivo processo de abertura do direito pôs-se em marcha. Essa abertura tocou as grandes teorias do direito, as teorias da norma, da interpretação e das fontes. O teor literal de um comando jurídico passou a ser apenas o ponto de partida da norma, podendo até ser superado ou “derrotado” em não poucas situações. A apreensão do real sentido da norma afastou-se da perspectiva puramente apriorística de outrora. Fatores extrajurídicos ganharam o processo hermenêutico. Visões tópicas do direito foram ainda mais longe, considerando a lei apenas um *topos* (embora relevante) entre outros. O caso concreto viu-se sumamente valorizado. Do primado das regras e da subsunção, passou-se ao domínio dos princípios e da ponderação. A ênfase principialista veio de mãos dadas com a sublimação dos valores, ensejando polêmicas francamente ideológicas nos tribunais. Para desalento de qualquer teoria pura, há cada vez menos nitidez entre o jurídico e o não jurídico, entre o que pode efetivamente ser exigido em uma corte e o que é apenas desejável mas não tem força jurídica. A busca da objetividade transformou-se em um dos desafios maiores do pós-positivismo (ou neoconstitucionalismo, para usar um termo muito em voga nos últimos tempos).

Portanto, não se alterou somente a lógica da aplicação do direito. Mudou também a lógica da própria *criação* do direito. Deu-se, na verdade, uma notável transferência de responsabilidades, do legislador para o juiz. Entregaram-se a este ferramentas metodológicas que permitem o acesso ao justo — seja lá o que for o justo —, independentemente do teor da lei, até mesmo *apesar* do teor da lei.

É claro que todas essas transformações elevaram consideravelmente a taxa de insegurança e incerteza dentro do mundo jurídico. Foi o preço a pagar pelo ambicioso projeto de (re)aproximar o direito da justiça.

Sintetizando muito bem os novos tempos, escreve Margarida Maria Lacombe Camargo: “(...) Ao contrário dessas posições monolíticas, o que se aponta agora, sob o viés da pós-modernidade, é que, no lugar do universal, encontra-se o histórico; no lugar do simples, o complexo; no lugar do único, o plural; no lugar do abstrato, o concreto; e no lugar do formal, o retórico. Não se vê mais como condizente à prestação jurisdicional

aquele juiz que se reporta a conceitos abstratos, que procura uma verdade absoluta capaz de decidir a questão, descurando-se do subjetivismo (ou do intersubjetivismo) social (...). O pensamento jurídico não se conforma com um tipo de raciocínio linear que ignora a dialética e os valores que informam a hermenêutica. A inegabilidade dos pontos de partida, que aponta para a inexorabilidade da lei, não impede de trabalharmos uma interpretação mais adequada para cada caso. Por isso, é preciso encontrar uma nova racionalidade capaz de orientar a dogmática jurídica e, ao mesmo tempo, defendê-la da pecha da arbitrariedade (...).”¹⁰

Qual é a nova racionalidade mencionada por Lacombe Camargo? Ela responde: “A nova racionalidade jurídica, identificada neste trabalho com a tópica e a retórica, corresponde a um novo modo de pensar o direito. Por um lado, a nova hermenêutica, que procura dar conta da complexidade que orienta o significado da ação social, na qual se incluem as relações jurídicas; e de outro, a nova retórica, que reúne elementos da teoria da argumentação e da tópica, capazes de legitimar novas situações.”¹¹

Bem se percebe que a faceta discursiva do direito tende a robustecer-se. Numa era de incertezas, tal efeito é bastante esperado. Se faltam as verdades (apriorísticas) essenciais, é preciso buscar novas formas de legitimar as decisões. Em outros tempos, a melhor decisão bastava revelar: era aquela apontada por um prévio comando de lei. Hoje, temos um bom número de causas que não mais se sujeita a esse esquema subsuntivo. Nessas causas, a melhor decisão deve ser *construída*. Como? Por meio do incremento da atividade argumentativa, envolvendo os sujeitos do processo. Não se tem assim o mesmo propósito de chegar à decisão “certa” — conforme o paradigma legalista —, mas em compensação se agregam participação e inegáveis virtudes democráticas ao procedimento decisório. É essa a nova racionalidade jurídica, talhada para um tempo no qual a “certeza” quase não se encontra mais nas prateleiras dos supermercados...¹²

¹⁰ Margarida Maria Lacombe Camargo, *Hermenêutica e Argumentação*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2001, p. 260-261.

¹¹ Margarida Maria Lacombe Camargo, *Hermenêutica e Argumentação*, cit., p. 263.

¹² Discorrendo exatamente sobre o “retorno” do processo ao procedimento, assinala Antonio do Passo Cabral (*Nulidades no Processo Moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*, Rio de Janeiro, Forense, 2009, p. 179): “(...) Muitos juristas e filósofos notaram que, no mundo atual, até mesmo pelas múltiplas cosmovisões observáveis na sociedade humana pluralista, é difícil crer na

A revalorização da argumentação no meio jurídico é confirmada pelo grande Miguel Reale: “Se há bem poucos anos alguém se referisse à arte ou técnica da argumentação, como um dos requisitos essenciais à formação do jurista, suscitaria sorrisos irônicos e até mordazes, tão forte e generalizado se tornara o propósito positivista de uma Ciência do Direito isenta de riqueza verbal, apenas adstrita à fria lógica das formas ou fórmulas jurídicas. Perdera-se, em suma, o valor da Retórica, confundida errônea e impiedosamente com o ‘verbalismo’ dos discursos vazios. De uns tempos para cá, todavia, a Teoria da Argumentação volta a merecer a atenção de filósofos e juristas, reatando-se, desse modo, uma antiga e alta tradição (...).”¹³

E o processo, especificamente? Como se enquadra no novo contexto? É o assunto do próximo tópico.

4. PROCESSO E ARGUMENTAÇÃO

Conforme já insinuado nas seções precedentes, o processo assume, dentro da nova racionalidade jurídica, uma função ímpar, servindo como palco privilegiado para o incremento da atividade argumentativa. É a instância argumentativa diletta do pós-positivismo, marcado também por uma intensa judicialização.

Vale esclarecer que o desenvolvimento processual da argumentação não se limita às partes, alcançando também — e sobretudo — o juiz. Dele se exige um reforço na

existência de um *ethos* universalmente aceitável. No fracasso histórico de estabelecer uma ‘justiça substancial’, definida e expressa com base em critérios materiais, a ‘justiça possível’ das decisões deveria ser buscada processualmente: assegurando a justeza do procedimento, regras e condições da argumentação prática racional, estaríamos mais próximos de obter o ideal de justiça. Critérios substanciais vão sendo, então, suplantados em favor de questões procedimentais, e as decisões judiciais passam a auferir legitimidade a partir de um processo équo.”

¹³ Miguel Reale, *Lições Preliminares de Direito*, 25ª ed., São Paulo, Saraiva, 2000, p. 88-89. Consultem-se também: Antônio Cavalcanti Maia, A importância da dimensão argumentativa à compreensão da práxis jurídica contemporânea, *Revista Trimestral de Direito Civil*, nº 8, out./dez. 2001, p. 269-282; e Alceu Mauricio Lima Junior, A argumentação jurídica e o ideal de racionalidade na superação de regras jurídicas, *Revista de Direito Administrativo*, nº 249, set./dez. 2008, p. 9-36.

motivação das decisões, de molde não só a enfrentar convenientemente a argumentação das partes, mas também para ficar à altura da complexidade dos casos “difíceis” da pós-modernidade. Isso se aguça ainda mais à proporção que a relevância social do Judiciário tem se elevado sensivelmente. Hoje, consoante observa Paulo Roberto Soares Mendonça, “o Judiciário persegue a adesão de um auditório mais amplo do que a comunidade jurídica em si, buscando atingir a sociedade como um todo.”¹⁴

Em abono ao avanço da argumentação no processo, saliente-se que a incidência da racionalidade pós-positivista acarreta mudanças profundas na própria teleologia do processo. Ele deixa de ser o instrumento destinado puramente a declarar e realizar um direito material prévio, transformação que põe em xeque a tese dualista. Nos dias atuais, mais do que nunca, o processo — é preciso dizer com todas as letras, sem ressalvas — *cria* direitos.¹⁵

Nesse sentido, têm se manifestado autores relevantes na dogmática contemporânea. É o caso de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira: “Do ponto de vista dos que exercem o Poder Jurisdicional, o aspecto relevante é que nessa normatividade de caráter essencialmente principial encontra-se contida autêntica outorga de competência para uma investigação mais livre do direito. (...) A constatação mostra-se deveras relevante, na medida em que, sendo facultado expressamente na Constituição o exercício de um direito produzido pelos juízes, legitima-se a atividade criativa do Poder Judiciário perante a sociedade como um todo, mesmo diante da resistência de interesses contrariados. Em face dessa linha evolutiva, a participação no processo e pelo processo já não pode ser visualizada apenas como instrumento funcional de democratização ou realizadora do direito material e processual, mas como dimensão intrinsecamente complementadora e integradora

¹⁴ Paulo Roberto Soares Mendonça, *A Argumentação nas Decisões Judiciais*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2000, p. 156.

¹⁵ Em sentido contrário, defendendo a tese dualista, Cândido Rangel Dinamarco (*Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I, 6ª ed., São Paulo, Malheiros, 2009, p. 138) “O único bem jurídico que invariavelmente todos os pronunciamentos judiciais de mérito acrescentam à situação jurídico-material (independentemente do conteúdo e natureza jurídica de cada um) é a *segurança jurídica* — e a segurança não é em si mesma um bem regido pelo direito substancial. (...) Tem-se por correta, portanto, a *teoria dualista* do ordenamento jurídico. Confirma-se que a sentença não cria direitos mas revela-os; e a execução forçada, que também tem caráter jurisdicional, confere-lhes efetividade quando falta o adimplemento voluntário pelo obrigado.”

dessas mesmas esferas. O próprio processo passa, assim, a ser meio de formação do direito, seja material, seja processual.”¹⁶

Reconhecida a existência hodierna de um processo autenticamente criador de direitos, a argumentação — cujo incremento contribuiu para a própria formação desse novo modelo — fica ainda mais valorizada. Com efeito, um processo criador assume graves responsabilidades, perante a sociedade e o Estado. Logo, deve atrair controles mais severos, sob pena de gerar imperdoável déficit democrático. Vem daí a necessidade imperiosa de procedimentos e técnicas que fomentem a argumentação e o debate no seio do processo. Só assim se legitimará democraticamente a crescente atividade criativa do Judiciário.

Para sublimar de vez a argumentação no processo contemporâneo, perceba-se que os conflitos e as perplexidades não chegam somente de fora. Também o direito processual produz conflitos “nativos” de grande magnitude. Essa dimensão conflituosa não é de agora, à evidência. Há meio século já dizia o inesquecível Francesco Carnelutti: “Lo *slogan* della giustizia rapida e sicura, che va per le bocche dei politici inesperti, contiene, purtroppo, una contraddizione *in adiecto*: se la giustizia è sicura non è rapida, se è rapida non è sicura.”¹⁷ Sem embargo, os últimos tempos têm aumentado a temperatura desses conflitos genuinamente processuais, algo que pode ser confirmado por uma análise atenta das grandes linhas metodológicas atuais.

Mire-se o “modelo constitucional do direito processual civil”, desenvolvido com maestria por vários autores nacionais.¹⁸ Tal modelo gera alguma facilidade para o intérprete e o aplicador do direito processual? Um conhecimento mínimo do direito constitucional brasileiro indica que é justamente o contrário. A Constituição pátria, do ponto de vista

¹⁶ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica, *Revista Forense*, nº 395, jan./fev. 2008, p. 40. Confirmam-se também as palavras de Hermes Zaneti Júnior, A teoria circular dos planos (direito material e direito processual), in Fredie Didier Jr. (organizador), *Leituras Complementares de Processo Civil*, 5ª ed., Salvador, Podivm, 2007, p. 414: “(...) Verificou-se, ademais, que o processo cria direito, principalmente quando o direito não tem mais um conteúdo determinado estritamente pela norma (v. g., princípios e cláusulas gerais). Resta, nesta ótica, para a doutrina, a tarefa de aprofundar o controle das decisões judiciais (evitar o arbítrio) e a responsabilidade do juiz, bem como desenhar uma teoria dos modelos jurisprudenciais que possa gerar previsibilidade e harmonia no ordenamento jurídico brasileiro.”

¹⁷ Francesco Carnelutti, *Diritto e Processo*, Napoli, Morano, 1958, p. 154.

¹⁸ Para ficar em uma citação apenas, consulte-se Cassio Scarpinella Bueno, O ‘modelo constitucional do direito processual civil’: um paradigma necessário de estudo do direito processual civil e algumas de suas aplicações, *Revista de Processo*, nº 161, jul. 2008.

valorativo, mostra-se extremamente compromissória, irresoluta, dividida. Consensos não há muitos. Um deles diz respeito à primazia dos direitos fundamentais. Porém, é preciso lembrar que se reconhecem várias dimensões de direitos fundamentais, e elas comumente estão em litígio. De fato, um direito fundamental de primeira dimensão pode duelar furiosamente com um de segunda, ou de terceira. Se alguns direitos fundamentais tomam a defesa intransigente do indivíduo, outros priorizam a solidariedade e a proteção das gerações futuras, com chances quase nulas de harmonização. Portanto, a ênfase nos direitos fundamentais não tem o condão de acalmar o processo civil, muito pelo contrário. Até porque, em princípio, tanto o autor como o réu devem ter os seus direitos fundamentais respeitados — outra equação cuja resolução frequentemente não se revela nada tranquila.

Dessa forma, qual a valia do modelo constitucional do processo civil? Certamente não é a descomplicação do processo, muito pelo contrário. Em compensação, o modelo constitucional serve para conectar o processo com as aberturas propiciadas pela era pós-positivista, deixando-o permeável ao trânsito dos valores e à incidência da realidade. Não é pouca coisa.

Outra grande linha metodológica a nortear o processo civil brasileiro é a linha instrumentalista, consagrada pela pena de Cândido Rangel Dinamarco. Nas clássicas palavras do mestre paulista, “é vaga e pouco acrescenta ao conhecimento do processo a usual afirmação de que ele é um *instrumento*, enquanto não acompanhada da indicação dos *objetivos* a serem alcançados mediante o seu emprego.”¹⁹ Portanto, a visão instrumentalista é eminentemente teleológica, fixando-se nos escopos da jurisdição: escopos jurídicos, sociais e políticos. A par de significar um estupendo chamado à abertura dos horizontes do direito processual, o instrumentalismo estimula — em função principalmente da abertura que proporciona — conflitos significativos. Os próprios escopos do processo podem estranhar-se. Para um exemplo rápido, pense-se numa causa completamente madura para julgamento, sendo claríssimo o direito em jogo. Ocorre que o juiz sente alguma possibilidade de conciliação, demandando tal eventualidade uma nova audiência. O que deve fazer o juiz? Privilegiar o escopo jurídico (e a celeridade processual), proferindo de

¹⁹ Cândido Rangel Dinamarco, *A Instrumentalidade do Processo*, 12ª ed., São Paulo, Malheiros, 2005, p. 181.

imediatamente sentença favorável à parte que tem indiscutivelmente razão? Ou investir no escopo social, buscando a todo custo a conciliação?

Mais do que nunca, como se vê, o terreno processual está inchado de questões altamente problemáticas, venham estas das próprias entranhas do processo, venham de fora, provenientes do ambiente tumultuado da pós-modernidade. Como enfrentar tais questões? Confiando simplesmente na sensibilidade de juízes sempre e sempre iluminados? À vista do sistema democrático vigente, tão arduamente conquistado, qual o caminho a seguir?

A resposta do texto já deve ter ficado clara. Se o imperativo da celeridade não pode ser menosprezado, o mesmo se diga da vocação do processo para a argumentação e a dialética, vocação que ganha especial relevo em tempos de incerteza.

5. EM PROL DO FORTALECIMENTO DA ARGUMENTAÇÃO NO PROCESSO

Concisamente, e sem qualquer pretensão de exaustividade, passaremos agora a enumerar propostas e tendências voltadas justamente para a promoção da argumentação e do diálogo no seio do processo.

Em primeiro lugar, focalize-se a jurisdição constitucional. Muito influenciada pela magnífica doutrina do alemão Peter Häberle, idealizador da “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”, a jurisdição constitucional brasileira adotou mecanismos sumamente participativos, a exemplo do *amicus curiae* e das audiências públicas. Veja-se por exemplo a discussão, no Supremo Tribunal Federal, acerca das políticas de ação afirmativa de reserva de vagas no ensino superior: foi designada audiência pública para a oitiva de nada menos do que 38 pessoas envolvidas com o assunto, entre autoridades, estudiosos e representantes de movimentos organizados.²⁰ Esse proceder eleva significativamente o exercício da atividade argumentativa na jurisdição constitucional. Por outro lado, é claro que dá trabalho e toma tempo. Os julgamentos seriam mais céleres caso

²⁰ Informação colhida no *site* do STF em 12/01/09, estando a audiência pública relacionada à ADPF 186 e ao RE 597.285/RS, Relator Min. Ricardo Lewandowski.

não se permitissem tais intervenções. Entende-se, no entanto, que a gravidade e a complexidade de certos assuntos submetidos ao Supremo Tribunal Federal, bem como o pluralismo da nossa sociedade, recomendam, a bem do regime democrático, a intensificação da atividade argumentativa, mesmo em detrimento da tão almejada celeridade.

É certo que a jurisdição constitucional se reveste de características peculiaríssimas. Não menos exato, contudo, é o fato de que medidas semelhantes às que lá se veem são preconizadas também em referência aos juízos ordinários. Tome-se novamente a figura do *amicus curiae*. Sustenta Cassio Scarpinella Bueno a ampliação da atuação do *amicus curiae*, desgarrando-se assim das situações legalmente previstas: “No atual estágio do direito processual civil, os interesses subjacentes ao processo (...) têm de encontrar uma necessária forma de sua representação em juízo. Foi-se o tempo em que a ocorrência de um ‘interesse público’ no processo encontrava no exercício da função de *custos legis* pelo Ministério Público seu suficiente (e ‘exclusivo’) porta-voz. O aparecimento, a dispersão e a especialização cada vez maior de toda forma de interesses na sociedade e no próprio Estado (...) são dados que devem ser capturados pelo processo civil, sob pena de comprometimento de seus próprios escopos. Esse ‘espaço’, representativo desses interesses, é ocupado pelo *amicus curiae*. E de tantos *amici* quantos sejam os interesses dispersos, aguardando para serem ouvidos.”²¹

Por sinal, Cassio Scarpinella Bueno, na sua alentada obra sobre o *amicus curiae*, põe em relevo mais um motivo conducente ao fortalecimento do espaço argumentativo: a ampliação sensível, em nosso ordenamento processual, das hipóteses de decisões que se fazem vinculantes, algo que vai nos aproximando bastante do sistema de *common law*. O art. 285-A do CPC, com redação da Lei 11.277/06, representa o paroxismo dessa tendência: o juiz pode utilizar, como paradigma vinculante, uma outra sentença que ele mesmo tenha proferido em caso idêntico, independentemente (a se acreditar na literalidade do dispositivo) de observar ou não a jurisprudência predominante. Pois bem, um precedente vinculante, em virtude da transcendência que lhe é atribuída, deve merecer um cuidadoso

²¹ Cassio Scarpinella Bueno, *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro: um terceiro enigmático*, São Paulo, Saraiva, 2006, p. 666-667.

processo de formação, no qual se faz indispensável o alargamento das possibilidades de argumentação e debate.

Para demonstrar cabalmente o que acabou de ser dito, faz-se oportuno citar primoroso voto vencido do Ministro Herman Benjamin no julgamento do Recurso Especial 911.802, versando sobre relevante questão consumerista (cobrança de “assinatura básica residencial” em serviço de telefonia), tendo sido o julgamento afetado à Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, visando à produção de decisão uniformizadora.²² O caudaloso voto vencido de Benjamin começa pelo seguinte tópico: “Uma perplexidade político-processual inicial: a solução de conflitos coletivos pela via da ação civil individual e a mutilação reflexa do direito de acesso à justiça de milhões de consumidores”. É a parte que nos interessa aqui.

Em virtude da existência de déficit argumentativo, pondera o voto vencido que a demanda não poderia receber uma decisão uniformizadora: “Difícil negar que, no âmbito do STJ, a demanda não estava madura para, de cara, prolatar-se decisão unificadora e uniformizadora a orientar a Seção, duas Turmas e todos os Tribunais e juízos do Brasil. Em litígios dessa envergadura, que envolvem milhões de jurisdicionados, é indispensável a preservação do espaço técnico-retórico para exposição ampla, investigação criteriosa e dissecação minuciosa dos temas ora levantados ou que venham a ser levantados. Do contrário, restringir-se-á o salutar debate e tolher-se-á o contraditório, tão necessários ao embasamento de uma boa e segura decisão do Colegiado dos Dez.”

Em seguida, Herman Benjamin lamenta a precariedade do debate atinente àquele importante julgamento: “(...) Finalmente, elegeu-se exatamente a demanda de uma consumidora pobre e negra (como dissemos acima, *triplamente vulnerável*), destituída de recursos financeiros para se fazer presente *fisicamente* no STJ, por meio de apresentação de memoriais, audiências com os Ministros e sustentação oral. Como juiz, mas também como cidadão, não posso deixar de lamentar que, na argumentação (?) oral perante a Seção e também em visitas aos Gabinetes, verdadeiro monólogo dos maiores e melhores escritórios

²² REsp 911.802, Rel. Min. José Delgado, Primeira Seção, julgamento por maioria em 24/10/07.

de advocacia do País, a voz dos consumidores não se tenha feito ouvir. Não lastimo somente o silêncio de D. Camila Mendes Soares, mas sobretudo a ausência, em sustentação oral, de representantes dos interesses dos *litigantes-sombra*, todos aqueles que serão diretamente afetados pela decisão desta demanda, um gigantesca multidão de brasileiros (mais de 30 milhões de assinantes) que, por bem ou por mal, pagam a conta bilionária da assinatura-básica (...).”

Conclui o Ministro Herman Benjamin: “Em síntese, a vitória das empresas de telefonia, que hoje se prenuncia, não é exclusivamente de mérito; é, antes de tudo, o sucesso de uma estratégia judicial, legal na forma, mas que, na substância, arranha o precioso princípio do acesso à justiça, uma vez que, intencionalmente ou não, inviabiliza o debate judicial e o efetivo contraditório, rasgando a *ratio essendi* do sistema de processo civil coletivo em vigor (Lei 7.347/85 e CDC).”

O belíssimo voto vencido de Herman Benjamin chama a atenção, nos trechos reproduzidos, para a importância do contraditório, como princípio e como garantia subjetiva, no momento atual do processo. Nem é preciso dizer que um contraditório forte serve à construção de um modelo processual favorável à atividade argumentativa. Aliás, também importa a esse modelo processual a valorização dos votos vencidos em decisões colegiadas (tema ao qual retornaremos adiante).

Em virtude dessa sintonia entre um processo com ênfase na argumentação e o princípio do contraditório, vale dedicar algum espaço ao princípio. Trata-se possivelmente do princípio mais reverenciado pela doutrina processual contemporânea, a ponto de ganhar lugar na própria definição de processo — conforme lição muito conhecida do festejado Elio Fazzalari, processo é todo procedimento em contraditório. Aqui no Brasil, abordagens muito ricas têm sido produzidas a respeito das potencialidades do princípio (ou garantia). Assim, a visão formal e limitada do contraditório, como mera ciência bilateral dos atos do processo acompanhada da possibilidade de uma reação, vai ficando superada. Em seu lugar, tem prevalecido uma leitura crescentemente substancialista e dinâmica do princípio, de resto uma leitura bastante apreciada na era pós-positivista. “Se há algo”, confirma Miguel Reale, “que caracteriza o pensamento jurídico contemporâneo é a luta contra todas as modalidades de ‘formalismo’, pelo reconhecimento de que a plena compreensão do Direito

só é possível de maneira concreta e dinâmica, como dimensão que é da vida humana.”²³

Valendo-nos de expressão célebre de Ronald Dworkin, podemos dizer que também o contraditório é um direito a ser levado a sério — cada vez mais.

Um dos precursores entre nós dessa nova concepção do contraditório foi Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. O processo, salienta o eminente doutrinador, é um diálogo, nunca um monólogo. Este “limita necessariamente a perspectiva do observador, enquanto o diálogo, em compensação, 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 (...).”²⁴ Portanto, “impõe-se ao Juiz prudente diálogo com as partes, seja chamando-as a seu gabinete para uma conversa informal (...), seja suscitando nos autos a possibilidade de aplicação de tal ou qual norma, ou o exame da questão sob determinada perspectiva jurídica inovadora, ou informando ainda da possibilidade de ser apreciada, de ofício, questão totalmente nova e desconhecida dos litigantes.”²⁵

Na mesma trilha, temos a doutrina de Humberto Theodoro Júnior e Dierle José Coelho Nunes. Em trabalho a quatro mãos, encarece-se o perfil ativo e dinâmico da garantia do contraditório, perfil que privilegia a faceta dialógica do procedimento e implica a necessidade de as alegações das partes serem levadas efetivamente em consideração pela fundamentação dos julgados, implicando ainda a nulidade das “decisões de surpresa”, contendo matéria não submetida à discussão das partes. Ressaltam os autores: “A decisão não pode mais ser vista como expressão apenas da vontade do decisor e sua fundamentação ser vislumbrada tão-só como mecanismo formal de legitimação de um entendimento que este possuía antes mesmo da discussão endoprocessual, mas deve buscar legitimidade, sobretudo, *na tomada de consideração dos aspectos relevantes e racionais* suscitados por todos os participantes, informando razões (na fundamentação) que sejam convincentes para

²³ Miguel Reale, *Lições Preliminares de Direito*, cit., p. 91.

²⁴ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, O juiz e o princípio do contraditório, *Revista de Processo*, nº 73, jan./mar. 1994, p. 10.

²⁵ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, O juiz e o princípio do contraditório, cit., p. 11.

todos os interessados no espaço público, e aplicar a normatividade existente sem inovações solitárias e voluntarísticas.”²⁶

O ótimo trabalho de Theodoro Júnior e Coelho Nunes possui o mérito adicional de pesquisar o contraditório à luz das perspectivas histórica e de direito comparado. Registram-se então o aviltamento sofrido pela garantia na primeira metade do século passado, quando o princípio autoritário do processo foi levado a um perigoso paroxismo (tendo como sintomático exemplo a Alemanha nacional-socialista), bem como a volta por cima, na ambiência das democracias constitucionais do pós-guerra. Fica dessa forma explicitada a notável veia política do contraditório dinâmico: além de favorecer a participação na seara judicial, aparece também como valioso instrumento de equilíbrio de poderes, compensando — e assim legitimando! — o inevitável aguçamento do ativismo material e formal dos juízes. O contraditório, esclarecem os juristas mineiros, “não incide sobre a existência de poderes de decisão do juiz, mas, sim, sobre a modalidade de seu exercício (...).”²⁷

Outro destacado autor nacional que assinala a transcendência do contraditório é Leonardo Greco, para quem o princípio significa a projeção do primado da dignidade humana no processo, transformando este em uma autêntica instância de diálogo: “Esse primado da dignidade humana impõe que o poder de influir nas decisões judiciais seja assegurado de fato, na prática, em concreto, e não apenas formalmente a todos os interessados.”²⁸ Mais. A afirmação do contraditório, para Greco, faz parte das exigências de um “processo de qualidade” — plenamente democrático e impregnado de humanismo —, exigências que dão ensejo a um sábio alerta, qual seja: “o que os cidadãos esperam do Judiciário não são somente decisões rápidas, mas especialmente decisões justas.”²⁹

²⁶ Humberto Theodoro Júnior e Dierle José Coelho Nunes, Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual, *Revista de Processo*, nº 168, fev. 2009, p. 137. Sobre a repercussão da nova dimensão do contraditório sobre o dever judicial de fundamentação, confira-se ainda Teresa Arruda Alvim Wambier, A influência do contraditório na convicção do juiz: fundamentação de sentença e de acórdão, *Revista de Processo*, nº 168, fev. 2009, p. 53-65.

²⁷ Humberto Theodoro Júnior e Dierle José Coelho Nunes, Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro..., cit., p. 125.

²⁸ Leonardo Greco, O princípio do contraditório, *Estudos de Direito Processual*, Campos dos Goytacazes, Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 554.

²⁹ Leonardo Greco, O princípio do contraditório, cit., p. 556.

Além dos reflexos já vistos, a promoção do contraditório e do exercício da argumentação transfigura institutos cruciais do direito processual. Veja-se o direito probatório. Discorrendo com proficiência sobre o assunto, sustenta Eduardo Cambi que estão em desenvolvimento novas perspectivas referentes aos poderes dos sujeitos processuais, as perspectivas “neoprivatista” e “neopublicista”. O que significam? Sem prejuízo do caráter publicístico do processo, “as partes devem estar munidas de todos os meios necessários para o exercício *pleno* da garantia constitucional do contraditório”;³⁰ por seu turno, a atuação do órgão judicial deve corresponder a essa valorização do contraditório e do debate, principalmente no momento da motivação das decisões. Onde entra a questão da prova? Simples: como o juiz, a bem da sua imparcialidade, deve tomar conhecimento dos fatos por meio das provas produzidas pelas partes, a prova, no dizer de Cambi, é o *argumento* mais importante de que dispõem as partes (levando em conta que *iura novit curia*). Ganha a prova, por conta disso, relevância ímpar: “A atividade probatória, enquanto *argumentação jurídica*, a ser desempenhada com preponderância pelas partes, exige visualizar a prova não somente como uma *atividade negativa* (*ônus*: perde quem deixou de provar), mas como um instrumento indispensável à promoção da justiça.”³¹

No tocante às nulidades, invoque-se o magistério de Antonio do Passo Cabral. Em excelente monografia, propõe Cabral uma “teoria comunicativa dos atos processuais e das nulidades”. Trata-se de mais uma homenagem à ascensão do contraditório e da atividade argumentativa, ao mesmo em que se celebra o “retorno” ao procedimento e às partes: “Faz-se necessário, nos dias de hoje, um tratamento que inclua todos os sujeitos na descoberta da invalidação, em clima de participação, reconhecimento do outro e boa-fé. Todo esse quadro é permeado pela influência mútua e reflexiva que caracteriza o contraditório moderno, trazendo o processo para uma era comunicativa de interações intersubjetivas e do convencimento. Nesse cenário, retornamos ao processo, destacando a importância do procedimento sem esquecer dos valores que é destinado a cumprir.”³² Coerentemente, quanto à eventual invalidação dos atos processuais, sustenta Cabral: “O critério que

³⁰ Eduardo Cambi, Neoprivatismo e neopublicismo a partir da Lei 11.690/2008, *Revista de Processo*, nº 167, jan. 2009, p. 28.

³¹ Eduardo Cambi, Neoprivatismo e neopublicismo a partir da Lei 11.690/2008, cit., p. 31-32.

³² Antonio do Passo Cabral, *Nulidades no Processo Moderno...*, cit., p. 363.

justifica a invalidação é a significação comunicativa do defeito, vale dizer, se a atipicidade formal causou uma repercussão particularmente relevante para interferir nas condições de comunicação do debate processual.”³³

Outra proposta que merece citação é a da flexibilização procedimental, defendida com brilho por Fernando da Fonseca Gajardoni. Mais uma vez, o contraditório, a argumentação e o procedimento ocupam posição de destaque. Depois de invocar a célebre teoria da legitimação pelo procedimento, de Niklas Luhmann, assinala Gajardoni: “O que a teoria de Luhmann pretende estabelecer, muito mais do que um mero culto ao procedimento, é que só através dele as partes têm condições de participar da construção das decisões judiciais, de modo que, na verdade, o que legitima a decisão não é o procedimento, mas sim o principal fator de condicionamento político da atividade jurisdicional: o contraditório útil.”³⁴ Em consequência, o incremento do contraditório e da atividade argumentativa desarma as inevitáveis objeções atraídas pela tese de Gajardoni (fundadas no princípio da segurança jurídica): “a flexibilização procedimental, com alteração do rito padrão estabelecido por lei ou com a construção de um novo modelo ritual, não afeta o poder legitimante da decisão, desde que no processo tenha sido assegurada aos litigantes efetiva participação em contraditório.”³⁵

Abra-se parêntese para dizer que a valorização do contraditório e da argumentação ainda não foi devidamente assimilada na área recursal. Pelo contrário, o que se tem visto, sem maior reação da doutrina, é um contínuo sufocamento das chances de argumentação nessa área. Veja-se o caso do agravo interno. Na prática, consiste em melancólico simulacro de meio impugnativo, sem nenhum poder de fogo. Qualquer estatística a respeito revelará que quase cem por cento dos agravos internos são improvidos. Sinal de que as decisões monocráticas são realmente impecáveis e devem ser cada vez mais estimuladas? Não, sinal de que números e estatísticas são bem-vindos também no campo judiciário, mas devem ser apreciados com muito cuidado. Se raríssimos agravos internos são providos, é porque o seu procedimento — sobretudo quando a relatoria não troca de mãos — mostra-se

³³ Antonio do Passo Cabral, *Nulidades no Processo Moderno...*, cit., p. 364.

³⁴ Fernando da Fonseca Gajardoni, *Flexibilização Procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*, São Paulo, Atlas, 2008, p. 98.

³⁵ Fernando da Fonseca Gajardoni, *Flexibilização Procedimental...*, cit., p. 98.

totalmente avesso à argumentação e ao debate, o que reduz absurdamente as chances de êxito do agravante. Já se desenvolveu nas cortes brasileiras uma cultura de improvimento dos agravos internos. Em muitos órgãos colegiados, o provimento a um agravo interno é encarado como autêntica afronta pessoal ao relator. Pior: frequentemente, como se sabe, o colegiado não se digna sequer a julgar o agravo interno interposto, sendo simplesmente certificado o seu infalível improvimento.

Tem-se nos recursos, portanto, um território em boa porção avesso a garantias processuais elementares. Falar de contraditório como garantia de influência, em um contexto assim, chega a ser anedótico. Urge então que também o processo nos tribunais se veja bafejado pelo contraditório ativo e dinâmico. Independentemente de qualquer alteração legislativa, recomendam-se várias mudanças de rota. No mínimo, se é permitida sustentação oral no julgamento das apelações, a mesma possibilidade deve ser assegurada no julgamento dos agravos internos derivados de apelação.

Feche-se o parêntese. Sem embargo do déficit garantístico verificado na área recursal, o fortalecimento do contraditório e do debate é sem dúvida uma tendência vigorosa do processo contemporâneo. Tanto assim que se fala na emergência de um novo princípio processual, o princípio da cooperação. Fredie Didier Junior declina as coordenadas desse novo princípio: “O magistrado deve 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 da 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; prestigiam-se o diálogo e o equilíbrio. Trata-se de princípio que informa e qualifica o contraditório. (...) 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.”³⁶

³⁶ Fredie Didier Junior, O princípio da cooperação: uma apresentação, *Revista de Processo*, nº 127, set. 2005, p. 76-77. Preconizando uma interessante cooperação com reflexos nos recursos excepcionais, consulte-se Teresa Arruda Alvim Wambier, Sobre a necessidade de cooperação entre os órgãos do Judiciário para um processo mais célere — ainda sobre o prequestionamento, in Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim

Poderíamos mencionar inúmeros outros autores e obras,³⁷ mas não é necessário. Já ficou demonstrado que, ao lado da demanda incessante por celeridade, uma outra tendência também se desenvolve, não exatamente oposta à primeira, mas podendo sim atçar colisões. De fato, um “processo de qualidade” (nas palavras já citadas de Leonardo Greco), forte no diálogo e no debate, exige mais tempo. É um acréscimo de tempo inegavelmente bem empregado — mas, ainda assim, acréscimo de tempo.

6. A BUSCA DO EQUILÍBRIO

Insista-se na tecla: não somos contrários, de maneira alguma, à empresa da aceleração da prestação jurisdicional. Nem poderíamos ser. A morosidade processual costuma ser muito perversa socialmente, prejudicando sobretudo os mais carentes. Além disso, a aceleração da prestação jurisdicional viu-se transformada, a partir da Emenda Constitucional nº 45/04, em direito fundamental expresso (art. 5º, LXXVIII, da Constituição).

Sem embargo, é evidente que a celeridade processual não pode ser encarada como valor absoluto e invencível, um direito magno a se deslocar no solo processual com a pujança de um rolo compressor. Não. Também a celeridade é meio, não fim. Sem que haja um mínimo de qualidade na prestação jurisdicional, o sentido positivo da celeridade desvirtua-se por completo. Se a decisão judicial é equivocada, melhor que venha morosa do que a jato...

Wambier (coordenadores), *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos e de Outros Meios de Impugnação às Decisões Judiciais*, nº 6, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 513-531.

³⁷ Poderíamos até mesmo invocar tendências similares em outros ramos jurídicos. No direito administrativo, por exemplo, a consensualidade vai-se afirmando como opção preferível à imperatividade, e a participação passou a ser realçada (cf. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Mutações do Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Renovar, 2000, e Patrícia Baptista, *Transformações do Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Renovar, 2003). Outro bom exemplo é o direito do consumidor, que, além de adotar como princípio fundamental a transparência máxima das relações de consumo, incentivou ainda o avanço da transparência fora das fronteiras consumeristas (nesse sentido, José Augusto Garcia de Sousa, Tutela da informação e vocação irradiante do Código de Defesa do Consumidor, *Revista da EMERJ – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*, nº 35, 2006, p. 232-280).

Em artigo esplêndido, dedicado exatamente aos “mitos” que povoam a Justiça, José Carlos Barbosa Moreira assinalou: “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.”³⁸

Questão correlata é a da publicização do processo, entendida como a concessão, aos juízes, de poderes formais e substanciais cada vez mais robustos. Tal publicização é muito associada ao propósito da celeridade. A associação procede. O aguçamento dos poderes judiciais pode realmente ser útil à construção de um processo mais célere e efetivo. Entretanto, não se trata de fenômeno desprovido de efeitos colaterais indesejáveis. Por óbvio, o juiz encarna o Estado e exerce poder. Assim, é bastante natural — quem o diz é a teoria da democracia — que a publicização estimule excessos e descaminhos. Mais uma vez a temperança se faz essencial. Se a publicização é uma tendência cara aos tempos atuais, não se mostra possível, por outro lado, relaxar os mecanismos de controle sobre a atividade do juiz, aí incluídos controles endoprocessuais e extraprocessuais (tudo implicando, inevitavelmente, uma carga suplementar de tempo). Mais ainda, é preciso pensar no processo, em termos estratégicos, sem perder de vista a possibilidade do erro judicial. Um processo que cultive como premissa a falibilidade reduzida dos magistrados é um processo desenganadamente irreal. Também os juízes falham, e não é pouco. Assim como falham integrantes das outras carreiras jurídicas, autoridades dos outros Poderes, profissionais liberais, artistas, desportistas, religiosos...

Aonde queremos chegar? A um alvo muito fácil de pronunciar, mas difícilimo de alcançar: o processo equilibrado, razoável, adequadamente balanceado. Se o equilíbrio sempre foi de ouro para o direito e para o processo, mais ainda em quadras conturbadas como a que atravessamos.

O que torna um processo equilibrado? Em que pese a complexidade da questão, ao menos alguns traços relevantes podem ser apontados aqui. Em um processo equilibrado, o predicado da efetividade não é aferido por um prisma puramente quantitativo, mas também

³⁸ José Carlos Barbosa Moreira, *O futuro da Justiça: alguns mitos, Temas de Direito Processual: oitava série*, São Paulo, Saraiva, 2004, p. 5.

qualitativo. Efetivo não é apenas o processo que, em pouco tempo, proporciona o bem da vida à parte que está com a razão, mas é também o processo que consegue respeitar as garantias de quem *não* tem razão. Até porque hoje em dia, como já foi reiterado, ficou muito mais árduo descobrir previamente a parte que está com a razão. Mais do que nunca, insista-se, é no processo, argumentando e debatendo, que a razão aparece.

Além disso, um processo equilibrado aposta na pluralidade de linhas axiológicas e técnicas. Ele não fecha portas. Abre-se para o amanhã sem descurar de experiências passadas, sendo estas repaginadas valorativamente. Se o formalismo já se confundiu com burocratismo e insensibilidade, hoje tem uma importante função garantística. O grande negócio do processo equilibrado é a diferenciação, a versatilidade, a aptidão para cuidar de situações heterogêneas. Surge aí uma clara convergência em relação à jusfilosofia predominante. Para o correto equacionamento dos casos considerados difíceis, o pós-positivismo exalta os princípios e a ponderação. São técnicas diferenciadas para casos especiais. Sem embargo, continuam ativos as regras e o método subsuntivo. Para cada caso, então, procura-se o arsenal adequado. É um esforço de diferenciação que serve para valorizar os casos concretos. Da mesma forma deve atuar o processo contemporâneo: forte no pluralismo e na diversificação.³⁹

Enfim, um processo equilibrado deve realmente lutar pela aceleração da prestação jurisdicional, até incrementando o seu grau de publicização. Mas o preço não pode ser o sufocamento dos espaços reservados ao contraditório e à argumentação, nem o esvaziamento dos mecanismos de controle da atividade judicial. Uma tendência não pode esmagar a outra. É claro, repita-se, que chegar ao balanceamento adequado consiste em tarefa nem um pouco tranquila. Fica menos penosa, todavia, se considerar a orientação pluralista logo acima mencionada. Há tipos de causa em que o empenho pela celeridade deve ser encarecido (por exemplo as causas repetitivas, muito comuns na Justiça Federal). Já outras modalidades de litigância exigem, sem olvidar a preocupação com a morosidade,

³⁹ Lembre-se a propósito a valia da cognição, que representa não só um ângulo visual importante para o estudo do processo no plano teórico e em sua realização concreta, mas também “uma técnica de extrema relevância para a concepção de processos com procedimentos diferenciados e melhor preordenados à efetiva tutela de direitos materiais” (Kazuo Watanabe, *Da Cognição no Processo Civil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1987, p. 111).

um forte investimento na participação e na dialética (por exemplo, certas causas ligadas a direitos fundamentais).

Atentos às exigências do processo equilibrado e pluralista, passemos a abordar a figura que protagoniza este trabalho, os embargos infringentes.

7. A REFORMA PROCESSUAL E OS EMBARGOS INFRINGENTES

Chegamos finalmente à questão culminante do trabalho. À vista de tudo que foi exposto, sustentaremos a conveniência de a reforma processual preservar os embargos infringentes.

É certo que o recurso sempre despertou bastante controvérsia. Por pouco não foi alijado do sistema introduzido pelo Código de Processo Civil de 1973. Conforme relata José Carlos Barbosa Moreira, a manutenção dos embargos infringentes, no Código de 1973, foi surpreendente: “O Anteprojeto Buzaid pusera de lado os embargos de nulidade e infringentes, salvo como recurso cabível contra decisões proferidas nas ‘causas de alçada’ (art. 561). (...) No projeto definitivo, porém, reapareceu aquele recurso, com as mesmas características que ostentava no Código anterior, sem que a respectiva Exposição de Motivos trouxesse a explicação desse giro de 180°.”⁴⁰

Iniciada a vigência do estatuto processual de 1973, as críticas continuaram veementes. E elas se mostravam bem ponderosas naquela época. Afinal, qualquer divergência no julgamento de apelações e ações rescisórias, por mais estapafúrdia que fosse, já justificava os embargos infringentes. Não era, realmente, um formato razoável. A dilatação temporal provocada pelo recurso não se fazia acompanhar por uma contrapartida valorativamente forte.

Entre a manutenção integral e a abolição pura e simples dos embargos infringentes, optou o legislador brasileiro, sabiamente, pelo caminho intermediário. A Lei 10.352/01 manteve o recurso mas lhe após restrições relativas ao cabimento, de molde a torná-lo

⁴⁰ José Carlos Barbosa Moreira, *Comentários ao Código de Processo Civil...*, cit., p. 518-519.

muito mais razoável.⁴¹ Passou a prevalecer então (pelo menos no que diz respeito aos embargos infringentes derivados de apelação) critério que Cândido Rangel Dinamarco chama de “futebolístico”, à medida que o cabimento do recurso exige um “empate” de dois a dois — de um lado, o juiz de primeiro grau e o voto vencido na apelação; do outro, os dois votos vencedores —, ficando o desempate para a hora dos embargos infringentes, que funcionam como “prorrogação”.⁴² Outra alteração importante foi canalizar os embargos infringentes para os provimentos de mérito. Na redação original do art. 530 do CPC, dizia-se simplesmente: “Cabem embargos infringentes quando não for unânime o julgado proferido em apelação e em ação rescisória.” Após a Lei 10.352/01, o recurso passou a caber somente “quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente ação rescisória.” Reviveu-se dessa forma, indiretamente, o sistema de 1939, quando a apelação era dirigida apenas contra sentenças definitivas (art. 820 do CPC de 39⁴³).

A Lei 10.352/01 veio atestar a perseverança dos embargos infringentes em solo brasileiro. Nas palavras de Gisele Heloisa Cunha, “não há notícia da existência de um recurso que seja tão duramente criticado, e que, a despeito dos rigores da crítica, mantém-se no sistema recursal”.⁴⁴ Mesmo no novo formato, contudo, os embargos infringentes continuaram a atrair críticas e propostas de abolição, embora sem a mesma intensidade do período anterior às alterações promovidas pela Lei 10.352/01.⁴⁵ Por que o recurso deveria

⁴¹ Na mensagem do Executivo que acompanhou o respectivo projeto, restou consignado (reprodução extraída de Fernando Ferraz Monte Bochio, A interpretação dos ‘novos’ embargos infringentes interpostos de julgamento de apelação, in Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier coordenadores, *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e de Outros Meios de Impugnação às Decisões Judiciais*, nº 7, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 247-248): “No alusivo ao recurso de embargos infringentes, a Comissão de Reforma recebeu sugestões as mais díspares, inclusive no sentido de sua extinção. Embora sem paralelo no direito comparado, cuida-se todavia de meio de impugnação amplamente acolhido na tradição brasileira, e com bons resultados no sentido do aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. (...)”

⁴² Cândido Rangel Dinamarco, *A Reforma da Reforma*, 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 2002, p. 198.

⁴³ “Salvo disposição em contrário, caberá apelação das decisões definitivas de primeira instância.”

⁴⁴ Gisele Heloisa Cunha, *Embargos Infringentes*, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009, p. 15.

⁴⁵ Vale mencionar, exemplificativamente, alguns autores desfavoráveis ao recurso: Alexandre Freitas Câmara (*Lições de Direito Processual Civil*, vol. II, 15ª ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008, p. 100-101), Carlos Alberto Carmona (O sistema recursal brasileiro: breve análise crítica, in Eduardo Pellegrini de Arruda Alvim, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier coordenadores, *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, p. 37-40), Humberto Theodoro Júnior e Dierle José Coelho Nunes (Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro..., cit., p. 128, especificamente na nota 71, na qual os autores inserem os embargos infringentes entre os “recursos absolutamente incongruentes”), José Rogério Cruz e Tucci (*Lineamentos da Nova Reforma do CPC*, 2ª ed., São Paulo,

ser extinto? Porque ele continuaria sendo, segundo seus detratores, um recurso desprovido de maior utilidade, só servindo mesmo à procrastinação da tutela jurisdicional, tratando-se além do mais de uma figura sem equivalente no direito processual comparado.

Por outro lado, não são poucos, nem irrelevantes, os defensores do recurso.

Uma primeira opinião simpática vem da pena qualificada de José Carlos Barbosa Moreira, que já chegou a se pronunciar contrariamente à sobrevivência dos embargos infringentes. Com base porém na sua experiência judicante, Barbosa Moreira mudou de ideia e passou a preconizar a manutenção do recurso, contanto que houvesse restrições no respectivo cabimento, o que acabou se concretizando com a Lei 10.352/01.⁴⁶

Flávio Cheim Jorge é outro defensor dos embargos infringentes, posição que já exibia antes até das alterações da Lei 10.352/01. Ele mira principalmente a questão da segurança jurídica: “mesmo em um tribunal de segundo grau que não tem por fim precípua a interpretação e a uniformidade de uma lei federal, como ocorre no Superior Tribunal de Justiça, é inegável a situação de que, sendo uma decisão proferida por maioria de votos, a certeza do direito estará abalada, afastando-se também a segurança jurídica.”⁴⁷ Lembra o autor, ainda, que o voto do relator do recurso, nos tribunais brasileiros, quase sempre é acompanhado pelos demais integrantes da turma julgadora. “Dessa forma”, completa, “quando existe alguma divergência na Câmara ou Turma julgadora, faz-se necessário que haja novo julgamento, pois subentende-se que a matéria a ser reapreciada é de suma importância e merece ser devidamente esclarecida.”⁴⁸ Nem é preciso dizer que, após a Lei 10.352/01, os argumentos de Cheim Jorge ganharam uma consistência bem maior.

Pelo mesmo caminho segue Sérgio Shimura (escrevendo depois da Lei 10.352/01): “quando existe divergência na votação, divisa-se um momento de reflexão maior sobre determinado assunto, exigido maior cuidado em algum detalhe, criando-se, então, um espaço na sofreguidão da rotina invencível dos julgamentos. Também se oportuniza a

Revista dos Tribunais, 2002, p. 121-122) e Vicente Greco Filho (*Direito Processual Civil Brasileiro*, vol. 2, 20ª ed., São Paulo, Saraiva, 2009, p. 359-360).

⁴⁶ José Carlos Barbosa Moreira, *Comentários ao Código de Processo Civil...*, cit., p. 520.

⁴⁷ Flávio Cheim Jorge, Embargos infringentes: uma visão atual, in Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coordenadores), *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis de Acordo com a Lei 9.756/98*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, p. 262.

⁴⁸ Flávio Cheim Jorge, Embargos infringentes: uma visão atual, cit., p. 264.

composição das diferenças dentro do colegiado. Vislumbram-se, destarte, motivos para a permanência dos embargos infringentes em nosso sistema recursal.”⁴⁹

Por seu turno, Pedro Miranda de Oliveira rebate com vigor a argumentação favorável à extinção dos embargos infringentes: “Ora, dizer que o recurso deve ser abolido do sistema simplesmente porque subsiste apenas no Brasil não é argumento convincente. Aliás, tal argumento é de uma inconsistência que rivaliza com sua impertinência. Isso nos faria crer que nossa ciência processual estaria um passo atrás da desenvolvida no continente europeu. E isso, definitivamente, não é verdade.”⁵⁰

Réplica semelhante é trazida por Gisele Heloisa Cunha: “não nos parece exato invocar a fonte histórica do instituto como fundamento de sua crítica, notadamente sua raiz medieval, ou entenderíamos medievais e fora de propósito vários institutos do processo que vigoram ainda hoje no sistema jurídico.”⁵¹

Para não esticar em demasia as citações, fiquemos apenas com mais uma, extraída do conhecido *Curso Avançado*, de Luiz Rodrigues Wambier, Eduardo Talamini e Flávio Renato Correia de Almeida: “a experiência tem mostrado sua [dos embargos infringentes] importância para o aprimoramento da prestação jurisdicional, na exata medida em que permite nova reflexão a respeito das questões trazidas ao tribunal, a partir do voto divergente obtido no julgamento colegiado.”⁵²

Expostos brevemente aspectos históricos do recurso e a polêmica que o cerca, é hora de alinhar as nossas razões em prol da manutenção dos embargos infringentes na grande reforma processual em andamento.

⁴⁹ Sérgio Shimura, Embargos infringentes e seu novo perfil (Lei 10.352/01), in Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coordenadores), *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis*, nº 5, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 498.

⁵⁰ Pedro Miranda de Oliveira, O novo regime dos embargos infringentes, in Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coordenadores), *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e de Outros Meios de Impugnação às Decisões Judiciais*, nº 7, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 611.

⁵¹ Gisele Heloisa Cunha, *Embargos Infringentes*, cit., p. 51.

⁵² Luiz Rodrigues Wambier (coordenador), Eduardo Talamini e Flávio Renato Correia de Almeida, *Curso Avançado de Processo Civil*, vol. 1, 10ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, p. 643.

Antes de mais nada, cumpre criticar o discurso que atribui aos recursos grande parte da responsabilidade pela morosidade do processo.⁵³ Muito forte na mídia brasileira, ele transita bem, igualmente, entre os profissionais jurídicos. Como todo discurso reducionista, privilegia superfícies e não mostra maior disposição para enfrentar dados empíricos ou nuances do problema. Recursos atrasam o processo? Certamente que sim. Mas o próprio processo atrasa a vida. Nada mais rápido e fulminante do que a autotutela. Só que a civilização atual deplora, felizmente, a justiça pelas próprias mãos. Há então a necessidade imperiosa do processo, por mais pesado que seja para as pessoas e para a sociedade. O mesmo se pode dizer dos recursos. Também eles consistem em um “mal” necessário, dada a exigência intransponível de ser minimamente democrático o sistema de justiça. Dessa forma, a “perda” de tempo ocasionada pelos recursos apresenta um sentido nobre. Por sinal, quando o procedimento recursal se arrasta demais, é preciso investigar com cuidado. Há disfunções que se materializam no campo recursal, mas na verdade possuem causas exteriores. Por exemplo: se uma corte gasta anos simplesmente para distribuir uma apelação, a culpa é do instituto dos recursos? Evidentemente que não. Mas são os recursos que acabam levando a má fama.

Nesse contexto adverso aos recursos, listam-se várias questões que não são devidamente consideradas. Porventura o “atraso” gerado pelos recursos é uniforme país a fora? Afeta de igual forma Justiça Federal e Justiças estaduais? A área cível sofre tanto quanto a área penal? Nesta última parece realmente haver motivo para inquietação, à medida que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal transformou a presunção de inocência em um superprincípio, reduzindo drasticamente a possibilidade de efetivação de medidas privativas de liberdade na pendência de quaisquer recursos (o que provoca situações clamorosas de impunidade). Será porém que o mesmo quadro se estende à Justiça cível? Essas e outras questões, conquanto relevantes, acabam soterradas pela caudalosa maré de repúdio aos recursos.

⁵³ Fazendo a mesma crítica, confirmam-se: E. D. Moniz de Aragão, Demasiados recursos?, *Revista de Processo*, nº 136, jun. 2006, p. 9-31; Teresa Arruda Alvim Wambier, Excesso de recursos, um bode expiatório (entrevista), *Revista Jurídica Consulex*, nº 193, 31 de janeiro de 2005. A mesma Teresa Arruda Alvim Wambier escreveu (Restrições indevidas ao direito de recorrer, *Revista de Processo*, nº 130, dez. 2005, p. 249): “Por alguma razão, que se sabe bem qual é, o nosso sistema recursal foi eleito para ser tratado como se fosse a causa de todos os males da jurisdição, inclusive e principalmente da morosidade dos processos. Sabe-se que este diagnóstico não é inteiramente verdadeiro.”

No plano mais dogmático, o panorama atual mostra-se da mesma forma desalentador para os recursos, que se acham recobertos por aquilo que podemos chamar de uma “bolha processual”. Bolha processual? Esclareça-se o significado: uma bolha tem a propriedade de isolar certos institutos dos avanços — ou parte expressiva desses avanços — da ciência processual. É sem dúvida o que está acontecendo com os recursos.⁵⁴ Repare-se, a propósito, que os desenvolvimentos recentes do princípio do contraditório (sobre os quais falamos na seção anterior) sentem uma dificuldade muito grande para penetrar no campo recursal. Pudera. É um campo no qual só têm sido ouvidos alguns verbos monocromáticos: eliminar, restringir, reter, sobrestar... Desse jeito, olvida-se a extrema relevância dos recursos para a configuração de um processo realmente democrático.

É claro que essa corrente antirrecursos ajuda a empurrar os embargos infringentes para a beira do cadafalso, pois consistiriam eles na modalidade recursal mais “descartável” de todas, tanto assim que só no Brasil existe. No entanto, tal efeito, a bem da lógica, não deveria suceder, e aí vai um primeiro — e irresponsável — argumento a favor da preservação dos embargos infringentes. Explique-se. O discurso contra os recursos apoia-se no salutar propósito da celeridade. Podar os recursos seria um dos remédios mais potentes contra o inegável mal da morosidade. Só que extinguir os embargos infringentes não vai auxiliar em nada a campanha contra a morosidade, pela simples razão de que eles são, em termos numéricos, absolutamente insignificantes. Os próprios desembargadores, a bem do caso específico ou mesmo por comodidade pessoal, evitam ao máximo produzir julgados não unânimes. Só divergências muito sérias são convertidas efetivamente em votos vencidos. Transformaram-se os embargos infringentes, principalmente após a Lei 10.352/01, em ave raríssima na nossa paisagem pretoriana.

Assim, o primeiro argumento que se lança aqui já bastaria. Eliminar os embargos infringentes a troco de quê? O ganho em termos de celeridade, globalmente

⁵⁴ A jurisdição voluntária é outro bom exemplo de bolha processual, pois continua alheia a um regime minimamente garantístico (cf. Leonardo Greco, *Jurisdição Voluntária Moderna*, São Paulo, Dialética, 2003). Por seu turno, a execução durante muito tempo se mostrou inacessível aos esforços em prol da efetividade da jurisdição, quadro que se alterou nos últimos anos (cf. José Augusto Garcia de Sousa, A nova execução civil: o que falta mudar, *Revista Forense*, nº 394, nov./dez. 2007, p. 159-186).

falando, seria nulo. À vista dessa constatação elementar, perde sentido por completo a proposta de eliminação.

Não existe, portanto, motivo para acabar. Pergunta-se por outro lado: e para manter o recurso? Haveria razões fortes? Em outras palavras, os embargos infringentes apresentam virtudes que justifiquem a sua preservação, sob um prisma positivo? Pensamos que sim.

Como acabou de ser visto, trata-se de recurso raro no cotidiano forense. Apesar disso, trazem os embargos infringentes benefícios bastante transcendentais para o sistema de justiça. Aliás, um bom sistema de justiça não deve contar apenas com remédios de massa, utilizáveis na maioria dos casos. Precisa também de produtos singulares, dotados de valias específicas. Daí por exemplo o incremento das tutelas diferenciadas, bem como a ascensão da arbitragem (um meio alternativo valioso, mas que serve a muito poucos). É da mescla entre remédios de massa e artigos de uso especial que se faz um sistema reverente às garantias fundamentais do processo.

Um primeiro traço positivo dos embargos infringentes diz respeito à segurança jurídica, valor fundamental da nossa Constituição (art. 5º, *caput*). Quando derivados de apelação, lembre-se, somente são cabíveis na hipótese de um “empate” de dois a dois. Segundo Vicente Greco Filho, seria falsa essa ideia de empate, “porque as decisões de primeiro e as de segundo grau são qualificadas e proferidas em perspectivas diferentes.”⁵⁵ Do ponto de vista formal, Greco Filho tem razão. Mas o que se quer hoje é um direito processual voltado cada vez mais para a substância, e à luz desse prisma substancial o que se enxerga, de fato, é um empate. Também os magistrados dos órgãos *a quo*, por óbvio, estão plenamente investidos de jurisdição. Não são meros conciliadores ou juízes leigos. Dessa forma, mesmo considerando o peso formalmente superior dos votos oriundos do órgão *ad quem*, fica caracterizada sem dúvida, sob o ângulo substancial, uma situação aguda de incerteza, insegurança. Só que a jurisdição existe exatamente para aplacar as crises de incerteza e insegurança que grassam no meio social. Jurisdição incerta não é jurisdição, é uma contradição em termos. Quando o nosso Código de Processo Civil exige que as sentenças sejam certas, ainda quando decidam relação jurídica condicional (art. 460, par. único), está apenas sendo didático. O artigo nem precisaria existir.

⁵⁵ Vicente Greco, *Direito Processual Civil Brasileiro*, vol. 2, cit., p. 359.

Configurada a incerteza, surgem os embargos infringentes, trazendo a solução, o desempate. É um desempate virtuoso, não só sob a perspectiva numérica mas também do ponto de vista procedimental, à medida que o recurso permite a reapreciação da matéria controvertida em bases privilegiadas, ficando o respectivo julgamento por conta exclusivamente da controvérsia. Assim, os embargos infringentes prestam realmente uma grande contribuição à segurança jurídica no terreno processual, dissolvendo situações de gritante incerteza. Confirma-se o que escrevemos há pouco: apesar de raros, os embargos infringentes trazem benefícios bastante transcendentais. Sem eles, graves incertezas judiciais não conseguiriam ser atacadas e suprimidas, ao menos no que concerne às vias ordinárias (sendo certo que as vias excepcionais estão cada vez mais inacessíveis). Em suma, situações raras e especiais de insegurança demandam um recurso igualmente raro e especial, os embargos infringentes. É um mecanismo imprescindível à afirmação da “cidadania processual” (expressão muito feliz de Sérgio Gilberto Porto⁵⁶).

Aduza-se que, no tocante aos julgados não unânimes de procedência em ações rescisórias, o apoio dos embargos infringentes à segurança jurídica talvez se mostre ainda mais pronunciado.⁵⁷ Afinal, o que está em jogo é a própria coisa julgada, bastião maior da segurança no campo processual. Pensemos a propósito em um caso no qual o pleito rescisório tenha sido acolhido em função de apertada maioria. Seria razoável subtrair do sistema a possibilidade de um reexame ordinário da matéria? Certamente que não.

Outro aspecto muito positivo dos embargos infringentes, ligado ao que acabamos de ver, é o fato de representarem mecanismo destinado a pacificar conflitos jurisprudenciais. Numa época que valoriza intensamente tais mecanismos, os embargos infringentes devem ser estimulados e não suprimidos, assim como não devem ser suprimidos o incidente de uniformização de jurisprudência, o recurso especial fundado no dissídio jurisprudencial e os embargos de divergência. No caso específico dos embargos infringentes, saliente-se que

⁵⁶ Sérgio Gilberto Porto, Cidadania processual e relativização da coisa julgada, *Revista de Processo*, nº 112, out./dez. 2003, p. 23-32.

⁵⁷ Nesse sentido, manifesta-se Alexandre Freitas Câmara, *Lições de Direito Processual Civil*, vol. II, cit., p. 102: “a decisão que, por maioria, julga procedente o pedido de rescisão revela uma divergência quanto a ser ou não caso de desconstituição da coisa julgada material. Sendo esta uma garantia de estabilidade jurídica e social, considerou-se necessária a existência de um mecanismo que permitisse conferir o acerto de tal desconstituição, e tal mecanismo é o recurso chamado de embargos infringentes.”

eles desempenham um papel muito peculiar, servindo à promoção de decisões inovadoras dos juízes de primeiro grau. Pedro Miranda de Oliveira explica muito bem como isso acontece: “Destacamos como principal fator para mantê-los sua função de ‘ventilar’ a jurisprudência, trazendo à tona os entendimentos minoritários de vanguarda. Sabemos que o processo de mudança da jurisprudência é lento. E o processo se dá de baixo para cima e não o inverso. Os entendimentos surgem, invariavelmente, no primeiro grau de jurisprudência, e começam a seduzir, aos poucos, um ou outro membro dos tribunais. Para que esses entendimentos tomem corpo dentro das cortes não podemos podá-los ainda dentro das câmaras. É necessário levá-los para órgãos que tenham um maior número de membros. E o meio pelo qual se atinge esse fim é o recurso de embargos infringentes. Não existisse tal veículo quantos entendimentos vanguardistas teriam morrido com seus votos minoritários?”⁵⁸

Esse efeito de consolidação de teses inovadoras, proporcionado pelos embargos infringentes, já é notável, mas insinua algo ainda maior. Insinua a grande virtude objetiva do recurso, que é a de contribuir para o fortalecimento da argumentação no ambiente processual. Consoante foi examinado anteriormente, em tópico específico, uma das tendências marcantes do processo contemporâneo é privilegiar o contraditório, a participação e a argumentação. Significativa, para essa tendência, é a colaboração dos embargos infringentes.

De uma forma geral, qualquer recurso, em maior ou menor grau, consubstancia terreno fértil para a argumentação. “O julgamento nas instâncias recursais”, demonstra Paulo Roberto Soares Mendonça, “é nitidamente fundado em um processo argumentativo, com a discussão de teses entre os juízes e a exposição individualizada dos votos.”⁵⁹ Nos embargos infringentes, sobe de tom essa índole argumentativa. Afinal, há um fator que faz toda a diferença: a divergência em que o recurso está baseado. O mesmo Soares Mendonça aduz: “Os órgãos colegiados ainda são de grande interesse para a Teoria da Argumentação, quando aplicada ao direito, porque existe a possibilidade do registro do chamado ‘voto de divergência’ por parte do juiz, cuja tese não tenha prevalecido no órgão colegiado. Em tal

⁵⁸ Pedro Miranda de Oliveira, O novo regime dos embargos infringentes, cit., p. 611-612.

⁵⁹ Paulo Roberto Soares Mendonça, *A Argumentação nas Decisões Judiciais*, cit., p. 142.

circunstância fica evidente o caráter argumentativo das decisões dos tribunais, inclusive com o reconhecimento oficial da tese minoritária (‘voto vencido’).”⁶⁰

Na hipótese então de eliminação dos embargos infringentes, toda essa estrutura voltada para a argumentação se perderia, o que seria lastimável. E mais. Um autêntico anticlímax, do ponto de vista argumentativo, seria produzido. Mal se manifestaria a polêmica nos autos, revelada pelo julgamento colegiado, e ela se veria abruptamente abortada nas vias ordinárias, restando inexploradas as ricas perspectivas hermenêuticas ligadas ao aprofundamento da discussão. Ou seja, no momento mais propício ao acirramento argumentativo da controvérsia, esta subitamente se fecharia. Lembrando sempre: após a Lei 10.352/01, só polêmicas qualificadas — em que a “minoría” é composta pelo entendimento comum de dois magistrados — dão ensejo aos embargos infringentes.

Nunca é demais repisar a ênfase argumentativa do processo dos nossos dias, filho do pós-positivismo e da pós-modernidade. Eventual abolição dos embargos infringentes, insista-se, entraria em choque com esse viés argumentativo do processo contemporâneo. Estaríamos fechando os olhos para contextos de grande relevância, o que se poria em frontal contradição com a metodologia instrumentalista, que preconiza justamente uma visão contextualizada do direito processual.⁶¹

Essas virtudes objetivas que acabamos de enunciar já são muito ponderosas, mas não são as únicas. Também sob a ótica subjetiva, vantagens nem um pouco desprezíveis podem ser contabilizadas. E dão a perceber, mais uma vez, que a manutenção dos embargos infringentes vai ao encontro de linhas altamente prestigiadas pela dogmática processual contemporânea.

Tomemos, com efeito, a perspectiva dos “consumidores” dos serviços jurídicos. Como se sabe, um dos aspectos revolucionários do movimento do acesso à justiça, quiçá o aspecto mais revolucionário, foi propor a substituição da tradicional perspectiva dos

⁶⁰ Paulo Roberto Soares Mendonça, *A Argumentação nas Decisões Judiciais*, cit., p. 142-143.

⁶¹ Que é, naturalmente, a mesma visão preconizada pelo movimento do acesso à justiça, caríssimo à fase instrumentalista. Declara Mauro Cappelletti (Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça, tradução de José Carlos Barbosa Moreira, *Revista Forense*, nº. 326, abr./jun. 1994, p. 121): “O resultado do enfoque do acesso à Justiça é uma concepção ‘contextual’ do direito.”

“produtores” do sistema pela perspectiva dos “consumidores”. Com a palavra, o grande comandante do movimento do acesso à justiça, Mauro Cappelletti: “(...) essa foi, essencialmente, a perspectiva dos *processors*, ou seja, daqueles que chamaríamos os produtores do sistema; enquanto, ao contrário, o nosso ponto de vista é aquele dos *consumers of law and government*. Mas é, precisamente, esta nova perspectiva a que melhor convém, obviamente, a uma sociedade democrática, livre e aberta, que deve pretender que os seus *official processors* assumam sua função não numa visão ‘ptolomaica’ do direito e do Estado, mas em vista do bem-estar dos consumidores, que é como dizer que o direito e o Estado devem, finalmente, ser vistos por aquilo que são: como simples instrumentos a serviço dos cidadãos e de suas necessidades, e não vice-versa.”⁶²

Mais concretamente, o que significa essa perspectiva dos consumidores? Significa, basicamente, vestir as sandálias do jurisdicionado leigo, procurar auscultar as suas agruras, não esquecer do pensamento da “sociedade aberta” de Peter Häberle em qualquer operação hermenêutica. Significa, também, preocupar-se com *l'uomo della strada* de Piero Calamandrei, “o homem simples, ingênuo e destituído de conhecimentos jurídicos, mas capaz de distinguir entre o bem e o mal, o sensato e o insensato, o justo e o injusto”.⁶³ É a partir da perspectiva dos consumidores dos serviços jurídicos que se firma a tutela jurisdicional como uma tutela voltada não exatamente para direitos, mas sim para pessoas, mirando sobretudo a felicidade e a melhor qualidade de vida delas.⁶⁴

Olhos postos na perspectiva dos consumidores, indague-se: o que pensará o homem do povo, o bom pai de família, acerca de um processo em que ele seja parte e se configure o referido “empate” de dois a dois? Ele vai pensar, à evidência, que deve haver um

⁶² Mauro Cappelletti, Acesso à justiça como programa de reforma e como método de pensamento, *Processo, Ideologias e Sociedade*, vol. 1, tradução e notas de Elício de Cresci Sobrinho, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 393.

⁶³ Cândido Rangel Dinamarco, Relativizar a coisa julgada material, *Revista de Processo*, nº 109, jan./mar. 2003, p. 32.

⁶⁴ Em texto primoroso, leciona Cândido Rangel Dinamarco (Tutela jurisdicional, *Revista de Processo*, nº 81, jan./mar. 1996, p. 71-72): “A tutela jurisdicional de que se trata pela ótica do processo civil *de resultados não* é uma tutela a *direitos* mas a *pessoas*. Nem teria legitimidade metodológica, neste quadrante histórico em que as investigações do processualista moderno centram-se no ideal de valorização do homem, continuar exaltando a tutela dos *direitos* como se o direito subjetivo fosse um ente em si mesmo merecedor de ajuda ou proteção. Como técnica destinada a proporcionar *ao homem* melhor qualidade de vida e melhores condições de felicidade pessoal, o direito objetivo tem no processo um instrumento para sua atuação e consequente efetividade (tal é o escopo jurídico do sistema processual), mas não haveria por que erigi-lo em objetivo final e objeto central das preocupações do Estado e do cientista do direito”.

desempate, um “tira-teima”, coisa a cargo dos embargos infringentes. Sem o recurso, enorme seria a perplexidade — e o inconformismo — do homem da rua prejudicado: “se ficaram do meu lado tantos homens da lei quantos ficaram do outro lado, como pode o outro lado ter vencido?” Nada mais natural. O próprio beneficiado pela ausência dos embargos infringentes estranharia (mas aí, evidentemente, seria uma surpresa bastante agradável). Seja qual for a posição na lide, não é compreensível para o homem médio a falta de um desempate nas hipóteses que propiciam, de acordo com a Lei 10.352/01, os embargos infringentes. E um sistema processual de cariz humanista, sensível à perspectiva dos consumidores dos serviços jurídicos, não pode permitir jamais a dor e o inconformismo profundos de um jurisdicionado que se descobre derrotado mesmo tendo a seu favor o mesmo número de magistrados que apoiou a parte vencedora.

É certo que mentes mais pragmáticas podem julgar excessivamente individualista a perspectiva dos consumidores, devendo prevalecer uma ótica mais coletivista. Várias são as razões pelas quais essa eventual réplica não merece ser acolhida. Primeiro lugar: como já frisamos, o fim dos embargos infringentes não beneficiaria minimamente o interesse coletivo. Porém, ainda que o fizesse, é preciso ver que a ordem jurídico-constitucional brasileira tem como valor central a dignidade da pessoa humana. Em qualquer canto do nosso ordenamento, os interesses coletivos podem ser considerados, mas desde que não se olvidem, em momento algum, os lídimos anseios individuais.⁶⁵ E mais. A preservação dos embargos infringentes não privilegia apenas a perspectiva dos consumidores. Atente-se para a perspectiva mais geral do sistema processual brasileiro, calcado fortemente na inafastabilidade substancial do controle jurisdicional. Seria compatível, com um sistema assim, a possibilidade de a esfera jurídica de alguém sofrer prejuízo com base em uma decisão extremamente dividida? Não parece nem um pouco.

Toda a nossa argumentação ganha ainda maior densidade quando se imagina a hipótese de a decisão dividida envolver direitos fundamentais. Dentro do universo das decisões suscetíveis de ataque pela via dos embargos infringentes, é uma hipótese nada rara. Tome-se como exemplo um caso em que estamos atuando, na Defensoria Pública do

⁶⁵ No próprio direito administrativo, tal orientação tem sido valorizada. Confira-se a respeito Daniel Sarmiento (organizador), *Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007.

Estado do Rio de Janeiro. Foi movida ação para que determinado preso, ex-policiaI militar (excluído da corporação em razão do crime que cometeu), pudesse continuar cumprindo sua pena em prisão reservada a policiais. Não temos a menor simpatia em relação a prisões especiais, mas o caso é diferente. Por mais hediondo que tenha sido o crime perpetrado, não se admite entre nós a pena de morte. E muito provavelmente seria essa a pena que colheria o autor da demanda caso fosse transferido para uma prisão comum. O risco seria altíssimo. Ele ficaria logicamente separado dos outros presos, mas na primeira rebelião que ocorresse — algo frequente em nosso caótico sistema penitenciário — seria alcançado e chacinado. Portanto, a causa diz respeito realmente a direitos fundamentais. Em jogo está o direito mais fundamental de todos: a vida.

Pois bem, deu “empate” nesse processo relacionado a direitos fundamentais: a sentença de procedência foi reformada por maioria em grau de apelação. Interpuseram-se então embargos infringentes e a controvérsia foi submetida à Câmara Cível em que oficiamos, tendo esta, enfim, dado provimento ao recurso (no tocante ao mérito, por unanimidade), restaurando a sentença de procedência.⁶⁶ Portanto, se não houvesse os embargos infringentes, teria ficado incólume julgado desfavorável aos direitos fundamentais (com remota chance de mudança nas instâncias excepcionais), apesar da funda divergência ocorrida, o que representaria verdadeira aberração do ponto de vista constitucional. Em nossa ordem jurídica, e em qualquer ordem democrática, a proteção aos direitos fundamentais deve ser a mais ampla e substancial possível, inclusive — e principalmente — no âmbito judiciário. O processo da era pós-positivista é um processo visceralmente amigo dos direitos fundamentais.

Independentemente de todas as razões já expendidas, só o caso concreto que acabamos de mencionar já é suficiente para demonstrar o imperativo da manutenção dos

⁶⁶ Embargos Infringentes 2008.005.00440, Rel. Jds. Des. Mauro Martins, Décima Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, julgamento em 21/01/10. Vale acrescentar que se trata de mandado de segurança, o que complicou bastante o julgamento dos embargos infringentes (interpostos pelo defensor público da Câmara Cível que julgou a apelação — no Rio de Janeiro, os embargos infringentes são julgados por Câmara diversa). Ainda que não fosse aplicável a nova legislação do mandado de segurança — a Lei 12.016/09 foi editada após a interposição do recurso —, que veda expressamente os embargos infringentes, a jurisprudência já era bem sólida no mesmo sentido. Não obstante, a Décima Primeira Câmara Cível, com admirável espírito instrumentalista, acolheu a nossa argumentação em prol do cabimento do recurso (por maioria de três a dois), dada a relevância da causa. No mérito, depois de ultrapassada por estreita maioria a preliminar, o julgamento foi unânime, como já mencionado.

embargos infringentes. Uma ordem processual reverente às garantias fundamentais, já o dissemos, não descuida das necessidades especiais apresentadas por determinados casos. Levar a sério a dignidade humana é valorizar a riqueza e a complexidade dos casos concretos, não deixando nenhuma peculiaridade relevante sem tratamento adequado. Um sistema processual insensível à diversidade é um sistema que, a pretexto de agradar às estatísticas, acaba esquecendo do homem. Nos casos envolvendo afirmação de direitos fundamentais, mostra-se absolutamente imprescindível, insista-se, o “desempate” propiciado pelos embargos infringentes, sobretudo quando os direitos fundamentais parecem estar levando a pior (como ocorreu no caso extraído da nossa vivência prática).

8. ENFIM, UM RECURSO INDISPENSÁVEL

Estão enunciadas, pois, as virtudes maiores dos embargos infringentes. À vista dessas virtudes, verifica-se que o recurso ostenta uma relação custo-benefício formidável. Por um lado, dada a excepcionalidade do seu cabimento, é um recurso “barato” e que “pesa” pouco, não atrapalhando minimamente, em termos globais, a meta da aceleração da prestação jurisdicional no Brasil. Por outro lado, os embargos infringentes, quando ativados, produzem efeitos notáveis para as partes e para o sistema, subjetiva e objetivamente.

Não é nada fácil, reitera-se, estruturar um ordenamento processual equilibrado. Achar o ponto ótimo de equilíbrio afigura-se, assiduamente, tarefa das mais inglórias. Isso não impede que seja percebida a existência de algumas medidas claramente irrazoáveis e infensas ao almejado equilíbrio. Uma dessas medidas impróprias, por tudo que foi visto aqui, seria a abolição dos embargos infringentes.

Aduza-se que abolir agora os embargos infringentes seria desconsiderar o salto evolutivo trazido pela relativamente recente Lei 10.352/01, que conseguiu dotar o recurso

de um perfil mais equilibrado e razoável.⁶⁷ Não bastasse, incidiríamos em vezo repetidamente criticado por José Carlos Barbosa Moreira: proceder a reformas processuais desligadas de estudos empíricos adequados e sólidos. Com efeito, quem sabe dizer o percentual de embargos infringentes providos em território brasileiro? Aparentemente, um bom número acaba tendo provimento. Confirmando-se tal impressão, fica ainda mais indefensável a eliminação do recurso.

Vamos ainda além. O melhor, em verdade, seria ampliar um pouco o cabimento dos embargos infringentes, suprimindo-se a sua adstrição a julgamentos de mérito. Quase não arranhando a excepcionalidade dos embargos infringentes, tal modificação teria o condão de simplificar bastante o cabimento do recurso, desvinculando-o da tormentosa questão do mérito. Conforme a própria Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 1973, “definir o que seja o mérito é um dos problemas mais árduos da ciência do processo”.

O principal mesmo, porém, é conservar os embargos infringentes, homenageando assim linhas evolutivas da mais alta significação na dogmática contemporânea. Se a complexidade do direito cresce exponencialmente nos dias atuais, não há lógica nenhuma em tornar o sistema processual mais arduo à argumentação e ao debate. Diminuir por diminuir o número de recursos, em atenção ao mantra de que há recursos em excesso entre nós, não vai contribuir, certamente, para o aperfeiçoamento do processo civil brasileiro.

9. RESENHA FINAL

Seguem, de forma resumida, as ideias principais deste trabalho:

A) Sem se negar de maneira alguma o mérito da dura batalha travada contra o tempo em terras processuais, não se pode deixar de observar que o processo,

⁶⁷ Sobre a Lei 10.352/01, que conseguiu melhorar bastante o recurso, sem o extinguir, afirmam Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina (*Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil*, 3ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, p. 314): “Pensamos, por conseguinte, ter agido com equilíbrio o legislador, ao restringir a hipótese de cabimento dos embargos, sem bani-los da sistemática dos recursos no processo civil brasileiro.”

paradoxalmente, carece cada vez mais do seu grande inimigo! De fato, à medida que o processo judicial vai ganhando complexidade e transcendência sem precedentes na história, um tempo mais dilatado — para argumentos e debates — lhe é indispensável em não poucos casos. Eis aí o grande dilema do processo nos dias atuais.

B) Velocidade e incerteza são dois grandes signos do nosso tempo, intimamente conectados. O ritmo acelerado atropela sem dó os juízos reflexivos. O homem contemporâneo não consegue processar a contento tantas transformações súbitas, impulsionadas por uma tecnologia cada vez mais prodigiosa. Ocorre que o tempo da filosofia, evidentemente, mantém-se muito mais cadenciado. Desse hiato crescente entre a filosofia e a tecnologia, já quase um abismo, derivam, como não poderia deixar de ser, perplexidades insolúveis, combustível poderoso para a grande fogueira da incerteza. Agravando o estado de incerteza, temos a presença do pluralismo, outra força marcante do mundo contemporâneo. O pluralismo apresenta aspectos bastante salutares, mas não opera maravilhas apenas. Ele tem um grande potencial para gerar inquietude e desnortamento, sobretudo quando desarruma — com o posterior endosso do direito — convicções seculares em temas-chave.

C) Naturalmente, também o direito é um território tomado hoje pela incerteza e pelo pluralismo. Isso contribui para o avigoramento da faceta discursiva do direito. Numa era de incertezas, tal efeito é bastante esperado. Se faltam as verdades (apriorísticas) essenciais, é preciso buscar novas formas de legitimar as decisões. Em outros tempos, a melhor decisão bastava revelar: era aquela apontada por um prévio comando de lei. Hoje, temos um bom número de causas que não mais se sujeita a esse esquema subsuntivo. Nessas causas, a melhor decisão deve ser *construída*, por meio do incremento da atividade argumentativa, envolvendo os sujeitos do processo. Não se tem assim o mesmo propósito de chegar à decisão “certa” — conforme o paradigma legalista —, mas em compensação se agregam participação e inegáveis virtudes democráticas ao procedimento decisório. É essa a racionalidade jurídica talhada para um tempo no qual a “certeza” quase não se encontra mais nas prateleiras dos supermercados...

D) O processo assume, dentro da nova racionalidade jurídica, uma função ímpar, servindo como palco privilegiado para o fomento da atividade argumentativa. É a instância argumentativa diletta do pós-positivismo.

E) Altera-se também, com a incidência da racionalidade pós-positivista, a própria teleologia do processo. Ele deixa de ser o instrumento destinado puramente a declarar e realizar um direito material prévio. Nos dias atuais, mais do que nunca, o processo — é preciso dizer com todas as letras, sem ressalvas — *cria* direitos.

F) Reconhecida a existência de um processo autenticamente criador de direitos, a argumentação — cujo incremento contribuiu para a própria formação desse novo modelo — fica ainda mais valorizada. Um processo criador assume graves responsabilidades, perante a sociedade e o Estado. Logo, deve atrair controles mais severos, sob pena de gerar imperdoável déficit democrático. Vem daí a necessidade imperiosa de procedimentos e técnicas que estimulem a argumentação e o debate no seio do processo. Só assim se legitimará democraticamente a crescente atividade criativa do Judiciário.

G) A dogmática processual tem captado muito bem a necessidade de fortalecimento da atividade argumentativa no processo. Sinal claro disso se vê nas ricas abordagens teóricas acerca do princípio do contraditório. Trata-se possivelmente do princípio mais reverenciado pela doutrina processual contemporânea. Graças a tal empenho, a visão formal e limitada do contraditório, como mera ciência bilateral dos atos do processo acompanhada da possibilidade de uma reação, vai ficando superada. Em seu lugar, tem prevalecido uma leitura substancialista e dinâmica do princípio, de resto uma leitura bastante apreciada na era pós-positivista.

H) É pena, não se deixe de observar, que a valorização do contraditório e da argumentação não tenha sido ainda assimilada na área recursal. Pelo contrário, o que se tem visto, sem maior reação da doutrina, é um contínuo sufocamento das chances de argumentação nessa área. O melhor exemplo a respeito é o agravo interno, na prática um melancólico simulacro de meio impugnativo, sem nenhum poder de fogo. Urge então que também o processo nos tribunais se veja bafejado pelo contraditório ativo e dinâmico. Independentemente de qualquer alteração legislativa, recomendam-se várias mudanças de

rota. No mínimo, se é permitida sustentação oral no julgamento das apelações, a mesma possibilidade deve ser assegurada no julgamento dos agravos internos derivados de apelação.

D) Sem embargo do déficit garantístico verificado na área recursal, o fortalecimento do contraditório e da argumentação é sem dúvida uma tendência vigorosa do processo contemporâneo. Tanto assim que se fala na emergência de um novo princípio processual, o princípio da cooperação, encarecendo ao máximo o diálogo entre o juiz e as partes. Dessa forma, ao lado da demanda incessante por celeridade, uma outra tendência também se desenvolve, não exatamente oposta à primeira, mas podendo sim atizar colisões. De fato, um processo forte no diálogo e no debate exige mais tempo. É um acréscimo de tempo inegavelmente bem empregado — mas, ainda assim, acréscimo de tempo.

J) Não somos contrários de maneira alguma, e nem poderíamos ser, à empresa da aceleração da prestação jurisdicional. Sem embargo, é evidente que a celeridade processual não pode ser vista como valor absoluto e invencível, um direito magno a se deslocar no solo processual com a pujança de um rolo compressor. Não. Também a celeridade é meio, não fim. Sem que haja um mínimo de qualidade na prestação jurisdicional, o sentido positivo da celeridade desvirtua-se por completo. Se a decisão judicial é equivocada, melhor que venha morosa do que a jato...

K) Se o equilíbrio sempre foi de ouro para o direito e para o processo, mais ainda em quadras conturbadas como a que atravessamos. O que torna um processo equilibrado? Em que pese a complexidade da questão, ao menos alguns traços relevantes podem ser apontados. Em um processo equilibrado, o predicado da efetividade não é aferido por um prisma puramente quantitativo, mas também qualitativo. Efetivo não é apenas o processo que, em pouco tempo, proporciona o bem da vida à parte que está com a razão, mas é também o processo que consegue respeitar as garantias de quem *não* tem razão. Até porque hoje em dia, como já foi reiterado, ficou muito mais árduo descobrir previamente a parte que está com a razão. Mais do que nunca, insista-se, é no processo, argumentando e debatendo, que a razão aparece.

L) Além disso, um processo equilibrado aposta na pluralidade de linhas axiológicas e técnicas. Ele não fecha portas. Abre-se para o amanhã sem descurar de experiências passadas, sendo estas repaginadas valorativamente. Se o formalismo já se confundiu com burocratismo e insensibilidade, hoje tem uma importante função garantística. O grande negócio do processo equilibrado é a diferenciação, a versatilidade, a aptidão para cuidar de situações heterogêneas. Surge aí uma clara convergência em relação à jusfilosofia predominante. Para o correto equacionamento dos casos considerados difíceis, o pós-positivismo exalta os princípios e a ponderação. São técnicas diferenciadas para casos especiais. Sem embargo, continuam ativos as regras e o método subsuntivo. Para cada caso, então, procura-se o arsenal adequado. É um esforço de diferenciação que serve para valorizar os casos concretos. Da mesma forma deve atuar o processo contemporâneo: forte no pluralismo e na diversificação.

M) É à luz das exigências do processo equilibrado e pluralista que devemos analisar os embargos infringentes, objeto central deste artigo.

N) Os embargos infringentes sempre foram alvo de muita polêmica. A Lei 10.352/01 manteve o recurso, mas lhe apôs restrições relativas ao cabimento, de molde a torná-lo muito mais razoável. Passou a prevalecer então (pelo menos no que diz respeito aos embargos infringentes derivados de apelação) critério dito “futebolístico” (Dinamarco), à medida que o cabimento do recurso exige um “empate” de dois a dois — de um lado, o juiz de primeiro grau e o voto vencido na apelação; do outro, os dois votos vencedores —, ficando o desempate para a hora dos embargos infringentes, que funcionam como “prorrogação”. Outra alteração importante foi canalizar os embargos infringentes para os provimentos de mérito.

O) Mesmo no novo formato, os embargos infringentes continuaram a atrair críticas e propostas de abolição, embora sem a mesma intensidade do período anterior às alterações promovidas pela Lei 10.352/01. Por que o recurso deveria ser extinto? Porque ele continuaria sendo, segundo seus detratores, um recurso desprovido de maior utilidade, só servindo mesmo à procrastinação da tutela jurisdicional, tratando-se além do mais de uma figura sem equivalente no direito processual comparado. Por outro lado, não são poucos,

nem irrelevantes, os defensores do recurso. Aderimos à corrente defensiva. Entendemos que há inúmeras boas razões no sentido da preservação do recurso.

P) Na defesa dos embargos infringentes, cumpre criticar, antes de mais nada, o discurso que atribui aos recursos grande parte da responsabilidade pela morosidade do processo. Muito forte na mídia brasileira, ele transita bem, igualmente, entre os profissionais jurídicos. Como todo discurso reducionista, privilegia superfícies e não mostra maior disposição para enfrentar dados empíricos ou nuances do problema. Recursos atrasam o processo? Certamente que sim. Mas o próprio processo atrasa a vida. Nada mais rápido e fulminante do que a autotutela. Só que a civilização atual deplora, felizmente, a justiça pelas próprias mãos. Há então a necessidade imperiosa do processo, por mais pesado que seja para as pessoas e para a sociedade. O mesmo se pode dizer dos recursos. Também eles consistem em um “mal” necessário, dada a exigência intransponível de ser minimamente democrático o sistema de justiça. Dessa forma, a “perda” de tempo ocasionada pelos recursos apresenta um sentido nobre.

Q) De toda sorte — e aí vai um primeiro e irresponsável argumento a favor da tese preservacionista —, extinguir os embargos infringentes não vai auxiliar em nada a campanha contra a morosidade. Por uma razão muito simples: eles são, em termos numéricos, absolutamente insignificantes. Os próprios desembargadores, a bem do caso específico ou mesmo por comodidade pessoal, evitam ao máximo produzir julgados não unânimes. Só divergências muito sérias são convertidas efetivamente em votos vencidos. Transformaram-se os embargos infringentes, principalmente após a Lei 10.352/01, em ave raríssima na nossa paisagem pretoriana. Pergunta-se então: eliminar os embargos infringentes a troco de quê? O ganho em termos de celeridade, globalmente falando, seria nulo. À vista dessa constatação elementar, perde sentido por completo a proposta de eliminação.

R) Se não há motivo para acabar com o recurso, existem razões muito fortes para mantê-lo. Apesar de raros no cotidiano forense, trazem os embargos infringentes benefícios bastante transcendentais para o sistema de justiça.

S) Um primeiro traço positivo dos embargos infringentes diz respeito à segurança jurídica, valor fundamental da nossa Constituição. Quando derivados de apelação, lembre-se, somente são cabíveis na hipótese de um “empate” de dois a dois. Mesmo considerando o peso formalmente superior dos votos oriundos do órgão *ad quem*, fica caracterizada, sob o ângulo substancial, uma situação aguda de incerteza e insegurança. Vêm os embargos infringentes para trazer a solução, o desempate. É um desempate virtuoso, não só sob a perspectiva numérica mas também do ponto de vista procedimental, à medida que o recurso permite a reapreciação da matéria controvertida em bases privilegiadas, ficando o respectivo julgamento por conta exclusivamente da controvérsia. Já no que toca aos julgados não unânimes de procedência em ações rescisórias, o apoio dos embargos infringentes à segurança jurídica talvez se mostre ainda mais pronunciado, vez que está em jogo a própria coisa julgada, bastião maior da segurança no campo processual.

T) Outro aspecto muito positivo dos embargos infringentes é o fato de representarem mecanismo destinado a pacificar conflitos jurisprudenciais. Numa época que valoriza intensamente tais mecanismos, os embargos infringentes devem ser estimulados e não suprimidos, assim como não devem ser suprimidos o incidente de uniformização de jurisprudência, o recurso especial fundado no dissídio jurisprudencial e os embargos de divergência. No caso específico dos embargos infringentes, saliente-se que eles desempenham um papel muito peculiar, servindo à promoção de decisões inovadoras dos juízes de primeiro grau. Têm portanto, como bem esclarece Pedro Miranda de Oliveira, a salutar função de “ventilar” a jurisprudência, trazendo à tona os entendimentos minoritários de vanguarda.

U) O efeito de consolidação de teses inovadoras, proporcionado pelos embargos infringentes, insinua a grande virtude objetiva do recurso, que é a de contribuir para o fortalecimento da argumentação no ambiente processual. De uma forma geral, qualquer recurso, em maior ou menor grau, consubstancia terreno fértil para a argumentação. Nos embargos infringentes, sobe de tom essa índole argumentativa. Afinal, há um fator que faz toda a diferença: a divergência em que o recurso está baseado. Na hipótese de eliminação dos embargos infringentes, essa estrutura voltada para a argumentação se perderia, o que seria lastimável. E mais. Um autêntico anticlímax, do ponto de vista argumentativo, seria

produzido. Mal se manifestaria a polêmica nos autos, revelada pelo julgamento colegiado, e ela se veria abruptamente abortada nas vias ordinárias, restando inexploradas as ricas perspectivas hermenêuticas ligadas ao aprofundamento da discussão. Ou seja, no momento mais propício ao acirramento argumentativo da controvérsia, esta subitamente se fecharia.

V) Também sob a ótica subjetiva, vantagens nem um pouco desprezíveis podem ser contabilizadas. Tome-se, a propósito, a perspectiva dos “consumidores” dos serviços jurídicos. Como se sabe, um dos aspectos revolucionários do movimento do acesso à justiça, quiçá o aspecto mais revolucionário, foi propor a substituição da tradicional perspectiva dos “produtores” do sistema pela perspectiva dos “consumidores”. Essa inversão conduz a um processo mais humano e atento aos anseios do jurisdicionado leigo, do homem do povo. Evidentemente, um processo assim não pode permitir jamais a dor e o inconformismo profundos de um jurisdicionado que se descobre derrotado mesmo tendo a seu favor o mesmo número de magistrados que apoiou a parte vencedora. Dessa forma, a existência dos embargos infringentes contribui para o triunfo da perspectiva dos “consumidores” dos serviços jurídicos, ao menos no plano recursal.

W) Toda a nossa argumentação ganha ainda mais densidade quando se imagina a hipótese de a decisão dividida envolver o tema dos direitos fundamentais, como ocorreu em caso concreto no qual atuamos, versando sobre o próprio direito à vida. Nesse caso, se não fossem os embargos infringentes, teria ficado incólume julgado desfavorável aos direitos fundamentais (com remota chance de mudança nas instâncias excepcionais), apesar da funda divergência ocorrida, o que representaria verdadeira aberração do ponto de vista constitucional. Em nossa ordem jurídica, e em qualquer ordem democrática, a proteção aos direitos fundamentais deve ser a mais ampla e substancial possível, inclusive — e principalmente — no âmbito judiciário. O processo da era pós-positivista é um processo visceralmente amigo dos direitos fundamentais.

X) Insista-se: uma ordem processual reverente às garantias fundamentais não descuida das necessidades especiais apresentadas por determinados casos. Levar a sério a dignidade humana é valorizar a riqueza e a complexidade dos casos concretos, não deixando nenhuma peculiaridade relevante sem tratamento adequado. Um sistema processual insensível à diversidade é um sistema que, a pretexto de agrandar às estatísticas,

acaba esquecendo do homem. Nos casos envolvendo afirmação de direitos fundamentais, mostra-se realmente imprescindível o “desempate” propiciado pelos embargos infringentes, sobretudo quando os direitos fundamentais parecem estar levando a pior (como ocorreu no caso extraído da nossa vivência prática).

Y) À vista de todas as virtudes dos embargos infringentes, verifica-se que o recurso ostenta uma relação custo-benefício formidável. Por um lado, dada a excepcionalidade do seu cabimento, é um recurso “barato” e que “pesa” pouco, não atrapalhando minimamente, em termos globais, a meta da aceleração da prestação jurisdicional no Brasil. Por outro lado, os embargos infringentes, quando ativados, produzem efeitos notáveis para as partes e para o sistema, subjetiva e objetivamente. Aduza-se que abolir agora os embargos infringentes seria desconsiderar o salto evolutivo trazido pela relativamente recente Lei 10.352/01, que conseguiu dotar o recurso de um perfil mais equilibrado e razoável. Não bastasse, incidiríamos em vezo repetidamente criticado por José Carlos Barbosa Moreira: proceder a reformas processuais desligadas de estudos empíricos adequados e sólidos. Com efeito, quem sabe dizer o percentual de embargos infringentes providos em território brasileiro? Aparentemente, um bom número acaba tendo provimento. Confirmando-se tal impressão, fica ainda mais indefensável a eliminação do recurso.

Z) Enfim, defendemos os embargos infringentes por entender que a grande reforma processual, em pleno fastígio da metodologia instrumentalista, deve ter horizontes frondosos, não podendo fechar os olhos para as exigências da pós-modernidade e do pós-positivismo. A reforma, para ser bem-sucedida, há de homenagear as grandes linhas evolutivas da dogmática contemporânea. Há de ser observada, sobretudo, a relevância da argumentação no direito hodierno. Se a complexidade do direito cresce exponencialmente nos dias atuais, não há lógica alguma em tornar o sistema processual mais arredo à argumentação e ao debate.

10. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGÃO, E. D. Moniz de. Demasiados recursos? *Revista de Processo*, nº 136, jun. 2006.

BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. *Revista da EMERJ – Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*, nº 15, 2001.

BAUMAN, Zygmunt. *Vida Líquida*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.

BOCHIO, Fernando Ferraz Monte. A interpretação dos ‘novos’ embargos infringentes interpostos de julgamento de apelação. In Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coordenadores). *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e de Outros Meios de Impugnação às Decisões Judiciais*, nº 7. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro: um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. O ‘modelo constitucional do direito processual civil’: um paradigma necessário de estudo do direito processual civil e algumas de suas aplicações. *Revista de Processo*, nº 161, jul. 2008.

CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no Processo Moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*, volume II. 15^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e Argumentação*. 2^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CAMBI, Eduardo. Neoprivatismo e neopublicismo a partir da Lei 11.690/2008. *Revista de Processo*, nº 167, jan. 2009.

CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à justiça como programa de reforma e como método de pensamento. *Processo, Ideologias e Sociedade*, volume 1. Tradução e notas de Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

_____. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. Tradução de José Carlos Barbosa Moreira. *Revista Forense*, nº 326, abr./jun. 1994.

CARMONA, Carlos Alberto. O sistema recursal brasileiro: breve análise crítica. In Eduardo Pellegrini de Arruda Alvim, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coordenadores). *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e Processo*. Napoli: Morano, 1958.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Direito de Informação e Liberdade de Expressão*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CUNHA, Gisele Heloisa. *Embargos Infringentes*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DIDIER JUNIOR, Fredie. O princípio da cooperação: uma apresentação. *Revista de Processo*, nº 127, set. 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *A Reforma da Reforma*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*, volume I. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. Relativizar a coisa julgada material. *Revista de Processo*, nº 109, jan./mar. 2003.

_____. Tutela jurisdicional. *Revista de Processo*, nº 81, jan./mar. 1996.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização Procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo: Atlas, 2008.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*, volume 2. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GRECO, Leonardo. *Jurisdição Voluntária Moderna*. São Paulo: Dialética, 2003.

_____. O princípio do contraditório. *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005.

JORGE, Flávio Cheim. Embargos infringentes: uma visão atual. In Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coordenadores). *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis de Acordo com a Lei 9.756/98*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LIMA JUNIOR, Alceu Mauricio. A argumentação jurídica e o ideal de racionalidade na superação de regras jurídicas. *Revista de Direito Administrativo*, nº 249, set./dez. 2008.

MAIA, Antônio Cavalcanti. A importância da dimensão argumentativa à compreensão da práxis jurídica contemporânea. *Revista Trimestral de Direito Civil*, nº 8, out./dez. 2001.

MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *A Argumentação nas Decisões Judiciais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e direito civil: tendências. *Revista de Direito da Defensoria Pública*, Rio de Janeiro, nº 16, 2000.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, volume V (arts. 476 a 565). 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. O futuro da Justiça: alguns mitos. *Temas de Direito Processual: oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O juiz e o princípio do contraditório. *Revista de Processo*, nº 73, jan./mar. 1994.

_____. Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica. *Revista Forense*, nº 395, jan./fev. 2008.

OLIVEIRA, Pedro Miranda de. O novo regime dos embargos infringentes. In Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coordenadores). *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e de Outros Meios de Impugnação às Decisões Judiciais*, nº 7. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PASSOS, J. J. Calmon de. *Direito, Poder, Justiça e Processo: julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PORTO, Sérgio Gilberto. Cidadania processual e relativização da coisa julgada. *Revista de Processo*, nº 112, out./dez. 2003.

RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. 2ª ed. São Paulo: Ática, 2000.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

SARMENTO, Daniel (organizador). *Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SHIMURA, Sérgio. Embargos infringentes e seu novo perfil (Lei 10.352/01). In Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coordenadores). *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis*, nº 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SOUSA, José Augusto Garcia de. A nova execução civil: o que falta mudar. *Revista Forense*, nº 394, nov./dez. 2007.

_____. Tutela da informação e vocação irradiante do Código de Defesa do Consumidor. *Revista da EMERJ – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*, nº 35, 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *Revista de Processo*, nº 168, fev. 2009.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Lineamentos da Nova Reforma do CPC*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

WAMBIER, Luiz Rodrigues (coordenador); TALAMINI, Eduardo; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. *Curso Avançado de Processo Civil*, volume 1. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A influência do contraditório na convicção do juiz: fundamentação de sentença e de acórdão. *Revista de Processo*, nº 168, fev. 2009.

_____. Excesso de recursos, um bode expiatório (entrevista). *Revista Jurídica Consulex*, nº 193, 31 de janeiro de 2005.

_____. Restrições indevidas ao direito de recorrer. *Revista de Processo*, nº 130, dez. 2005.

_____. Sobre a necessidade de cooperação entre os órgãos do Judiciário para um processo mais célere — ainda sobre o prequestionamento. In Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coordenadores). *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos e de Outros Meios de Impugnação às Decisões Judiciais*, nº 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

WATANABE, Kazuo. *Da Cognição no Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. A teoria circular dos planos (direito material e direito processual). In Fredie Didier Jr. (organizador). *Leituras Complementares de Processo Civil*. 5ª ed. Salvador: Podivm, 2007.

**A LEI DOS RECURSOS REPETITIVOS E OS PRINCÍPIOS DO DIREITO
PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO**

***THE LAW OF REPETITIVE ASSET AND THE PRINCIPLES OS THE
BRASILIAN LAW PROCEDURE***

Cristiana Hamdar Ribeiro

Bacharel em Direito pela Faculdade Nacional de Direito da UFRJ.

Advogada no Rio de Janeiro.

RESUMO: Analisando as fases das reformas perpetradas no Direito Processual Civil Brasileiro, desde a edição do Código de Processo Civil de 1973, até a Lei dos Recursos Repetitivos, e ao contrastá-la com os Princípios basilares do Direito Processual, para alcançar a compreensão da inspiração da Lei 11.672/08, estudou-se institutos similares predecessores, provenientes do direito alienígena Alemão e Espanhol. Ademais, salientou-se diversos pontos de convergência entre a Lei objeto deste estudo e a Lei 11.418/06, também fonte inspiradora. Após a análise do texto legal da Lei 11.672/08, bem como das Resoluções do Superior Tribunal de Justiça e da Terceira Vice-Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, concluiu-se que a mesma afronta os Princípios norteadores do Direito Processual Civil, que possuem, inclusive, previsão constitucional.

Palavras-Chave: Princípios; Processo Civil; Recursos Repetitivos.

ABSTRACT: Analyzing the phases of the reformation of the Brazilian civil law procedure, since the edition of the Code of Civil Procedure of 1973, until the Law of Repetitive Asset, and contrasting it with the basic Principles of the Law Procedure, to attain the understanding of the inspiration of the Law 11.672/08, it studied foregone institutes

alike that, originate from the alien law, German and Spanish. Beyond, stood out many convergence points between the Law object of this study and the Law 11.418/06, also source of inspiration. After the analysis of the text of the Law 11.672/08, as well of the Resolutions of the Superior Court of Justice and of the Third Vice President of the Court of Justice of the State of Rio de Janeiro, it followed that the Law affront the guiding Principles of the Civil Law Procedure that are, inclusively, predicted on the constitution.

Keywords: Principles; Civil Procedure; Repetitive Asset.

INTRODUÇÃO

No dia 09 de maio de 2008, foi Publicada a Lei 11.672/08, que introduziu o artigo 543-C, e parágrafos, no Código de Processo Civil, que versam sobre o julgamento dos recursos repetitivos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, cuja vigência se deu a partir do dia 08/08/2008, sendo esta Lei aplicada aos processos já em trâmite quando de sua entrada em vigor.

A referida Lei foi, inicialmente, regulamentada pela Resolução de nº 07 do STJ, a qual, por sua vez, foi substituída, antes mesmo de entrar em vigor, pela Resolução de nº 08 do STJ, esta em vigência atualmente.

Busca a Lei dos Recursos Repetitivos implementar maior celeridade na tramitação dos Recursos Especiais que versem sobre a mesma questão de direito, objetivo este efetivado pela análise de alguns Recursos Especiais, escolhidos como paradigmas, nos quais, após a verificação da questão de direito, será proferida decisão com o intuito de uniformizar a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre o assunto, sendo este entendimento aplicado aos demais processos os quais restaram sobrestados nos Tribunais, aguardando o julgamento do ‘Recurso Piloto’.

A inspiração para a elaboração da Lei 11.672/08 adveio da Lei que regulamentou a Repercussão Geral nos Recursos Extraordinários (Lei 11.418/06), visando, da mesma forma que esta, a redução da quantidade de Recursos a serem julgados pelo STJ, por meio da introdução de um sistema seletivo de Recursos Especiais que versem sobre a mesma questão de direito.

Não se pode olvidar, contudo, que a Lei dos Recursos Repetitivos foi fortemente influenciada pelo Direito Alienígena, em especial no Direito Alemão (*Musterverfahren*), o qual instituiu o julgamento de processos que versassem sobre problemas no que diz respeito ao Mercado de Capitais, processos estes repetitivos, visando uma maior celeridade na resolução de tais demandas.

O que se infere pela análise da Lei dos Recursos Repetitivos, é que a mesma foi elaborada durante a terceira fase de reforma do CPC, na qual visa-se reduzir o número de processos em trâmite nos tribunais, especialmente no que diz respeito ao Superior Tribunal de Justiça, cuja apreciação e julgamento estão cada vez mais longe de serem realizados em virtude da grande, e crescente, demanda, existente no Poder Judiciário Brasileiro, agravada pelo costume e simpatia pela prática de recorrer de todas as decisões proferidas, o eterno inconformismo, que é notoriamente conhecido.

Resta saber, contudo, qual o alcance prático da referida Lei, se a mesma concretizou os objetivos visados em sua exposição de motivos, ou se não logrou êxito em suas pretensões, não apenas em virtude da implementação pura da Lei, mas também pela instabilidade das decisões do STJ, cujo entendimento jurisprudencial é modificado constantemente, principalmente pela alteração dos próprios membros da Corte.

A análise, e o estudo crítico, da Lei 11.672/08, e das conseqüências de sua implementação em nosso sistema, é o que se pretende com o presente estudo, que se baseará na pesquisa doutrinária e jurisprudencial, bem como na análise da prática forense e das inovações legislativas que surgirem durante o curso da elaboração deste estudo, contrastado tais aspectos com os princípios informadores do Direito Processual Civil Brasileiro.

1. O PROCESSO DE REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Para que se entenda o intuito do legislador quando da edição da Lei 11.672/08, objeto deste estudo, necessária se faz a análise do contexto no qual a mesma restou inserida, qual seja, a terceira, e atual, fase da reforma do Código de Processo Civil, e, para tanto, é imperioso que se faça um breve relato sobre a edição do Código, bem como acerca das fases reformistas anteriores à presente.

O Código de Processo Civil atual, Lei 5.869 de 11/01/1973, foi editado, seguindo fielmente a visão da doutrina tradicional brasileira de sua época, para substituir o CPC de

1939, mantendo, contudo, os mesmos princípios previstos neste. Ainda assim, mesmo durante a *vacatio legis* do referido Digesto Processual, que somente entrou em vigor em 01/01/1974, o mesmo começou a ser remodelado pela edição de Leis (Lei 6.014/73 e Lei 6.071/74), que visavam alterar seu texto legal recém escrito e já em discrepância com a realidade prático-jurídica da época.

Entretanto, foi com a edição da Constituição Federal em 1988 que, efetivamente, as reformas do CPC tiveram verdadeiro início, vez que os alicerces constitucionais eram outros, baseados no Estado Democrático de Direito, nas garantias dos direitos fundamentais e nos princípios constitucionais que, indubitavelmente, romperam com a conjuntura política e jurídica anterior, eis que absolutamente diferentes dos fundamentos do CPC, quando de sua edição em 1973.

Dúvidas não haviam quanto à distância entre as regras processuais existentes e a realidade da prática forense, bem como dos anseios sociais, urgindo, desta forma, que fossem revistos certas normas e conceitos, sendo feita uma reforma do sistema processual brasileiro no sentido de tornar mais próximo e efetivo o ideal de uma ordem jurídica justa, base do Estado Democrático de Direito que passou a vigorar no Brasil com a Carta Magna de 1988, extirpando os óbices à celeridade e eficiência na produção de resultados.

Diante disto, na medida em que a crise na credibilidade do Poder Judiciário era gritante, principalmente em virtude do “enferrujado e liberal sistema processual de 1973”¹, o novo modelo de Estado, o Estado Social, Intervencionista, cujas ações são consubstanciadas em prol da realização da igualdade material e da efetivação dos direitos e garantias fundamentais, previstos no texto constitucional, não lograria êxito em manter a paz social sem que fosse feita a reforma no texto processual.

1.1. A primeira fase da reforma

A primeira fase da reforma não pretendeu implementar um novo Código de Processo Civil, mas promover pequenas reformas pontuais. Teve, desta forma, como escopo, a facilitação do acesso à justiça, à ordem jurídica justa, e a implementação da

¹ RODRIGUES, Marcelo Abelha; JORGE, Flávio Cheim; DIDIER JÚNIOR, Fredie., 2006, p. 104.

adequada e tempestiva tutela dos direitos, preocupada com a concretude da prestação jurisdicional, reflexos estes não apenas trazidos pela vida moderna, mas principalmente pela repressão sofrida pela sociedade nos anos anteriores, durante o Regime Militar.

São exemplos da elaboração legislativa desta fase, as seguintes Leis: 8.455/92, que simplificou a produção da prova pericial, separando os prazos do perito e do assistente técnico para a apresentação do laudo e do parecer, sendo dispensada a intimação deste para tanto, visando implementar a celeridade processual; 8.710/93, que dispôs sobre a prioridade da utilização da via postal para a citação do Réu; 8.898/94, que permitiu que a liquidação de sentença fosse feita por cálculo do próprio advogado da parte credora, extirpando de nosso ordenamento jurídico a liquidação de sentença por cálculo do contador; 8.950/94, referente aos recursos especial e extraordinário; 8.038/90, que alterou o sistema recursal de diversas formas; 8.951/94, que simplificou o procedimento nas ações de usucapião e de consignação em pagamento; 8.952/94, que ampliou os poderes do juiz e diversos aspectos; 8.953/94, que ampliou o rol dos títulos executivos extrajudiciais, visando a transação das partes quanto a objeto mais amplo do que a lide, ampliando, desta forma, o objeto do processo; 9.139/95, que modificou as regras concernentes ao Agravo².

A despeito de algumas alterações ocorridas neste período, é afirmado que esta fase constituiu uma etapa de inovações revolucionárias, em certos pontos, isto porque, conforme já restou assinalado, as normas passaram a ter a sua fundamentação na nova ordem constitucional, sendo este fator de grande valia para o Direito Processual Civil Brasileiro pelas consideráveis mudanças implementadas.

Uma das conseqüências práticas, e evidentes, desta fase foi a possibilidade das partes utilizarem o poder judiciário com mais veemência, isto porque houve uma maior facilidade no acesso à justiça, o que implicou em um aumento considerável e crescente no número de demandas existentes no poder judiciário e pendentes de apreciação e julgamento.

1.2. A segunda fase da reforma

² PANTOJA, Fernanda Medina., 2008, p. 87-114.

A segunda fase da reforma buscou implementar o princípio da efetividade processual, celeridade e simplificação das soluções e, com o mesmo espírito que da fase da reforma anterior, buscou inovar e modernizar o Direito Processual Civil, adequando-o à realidade jurídica da sociedade brasileira. Ademais, buscou corrigir eventuais imperfeições criadas pelas inovações anteriormente surgidas durante a primeira fase da reforma³.

Iniciou-se esta fase com a edição da Lei 10.352/01, que alterou questões relativas aos recursos, como a hipótese de cabimento de embargos infringentes e o termo a quo para a interposição de recursos excepcionais quando da oposição daqueles, o julgamento da lide pelo Tribunal quando o processo estiver em condições de julgamento imediato e verse sobre matéria de direito, o cabimento do recurso de apelação de sentença que confirmar os efeitos da antecipação de tutela, a determinação do prazo para a manifestação do agravado no agravo retido, a inadmissibilidade do agravo interposto caso o agravante não junte ao processo a cópia da interposição deste no prazo legal, a possibilidade de o relator negar seguimento ao agravo nos casos de manifesta inadmissibilidade, improcedência ou contrário à súmula ou à jurisprudência dominante do STF ou STJ, criou o incidente de uniformização de decisões sobre questões de direito relevante, bem como alterou aspectos quanto ao reexame necessário.

Posteriormente, foi editada a Lei 10.358/01, que modificou o processo de conhecimento no que diz respeito aos deveres dos sujeitos processuais, à apresentação do rol de testemunhas pelas partes, ao acompanhamento da produção da prova pericial pelas partes, bem como a intimação das mesmas para a apresentação sobre o laudo pericial para que os assistentes técnicos por elas nomeados possam apresentar parecer sobre a perícia realizada, sendo esta alteração uma espécie de correção da implementada pela Lei 8.455/92, na medida em que esta dispensava a intimação das partes para a apresentação do parecer do assistente técnico, fato este que gerava grandes problemas no que diz respeito à entrega do documento fora do prazo.

Além destas Leis, foi elaborada a Lei 10.444/02, que tratou de diversos institutos, como a determinação do valor de alçada para a adequação da causa ao procedimento sumário, a audiência preliminar, a execução para a entrega de coisa certa, antecipação de

³ WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, 2002.

tutela e medidas executivas coercitivas para a satisfação das decisões judiciais proferidas, como a imposição de penas pecuniárias, de ofício, para o eventual descumprimento destas decisões, inclusive as antecipatórias de tutela⁴, a execução provisória mediante caução, salvo se o exequente estiver em estado de necessidade ou se tratar de crédito alimentar, quando então a garantia será dispensada.

Na verdade, esta segunda fase restou denominada como a “Reforma da Reforma”⁵, em virtude do objetivo revolucionário que também foi característico desta fase reformista, uma espécie de continuação das implementações introduzidas pela reforma anterior, sendo fator peculiar desta fase a efetividade da prestação jurisdicional, visando implementar uma maior eficiência, com resultados mais efetivos em um menor lapso temporal.

Ainda assim, esta etapa da reforma não logrou permitir o acesso à justiça de forma abrangente e facilitada com a implementação da celeridade na resposta proferida pelo judiciário ao pleito formulado pelas partes, ou seja, sem que houvesse eficiência de fato, isto porque o trâmite processual se tornou ainda mais vagaroso com o aumento do número de demandas.

1.3. A terceira fase da reforma

A terceira, e atual, fase da reforma iniciou-se no ano de 2004, quando foi firmado o primeiro “Pacto de Estado em favor de um Judiciário mais rápido e republicano”⁶, pelo Presidente da República, Presidente do Supremo Tribunal Federal, Presidente da Câmara dos Deputados e Presidente do Senado Federal, no qual foram propostas medidas de aprimoramento do Poder Judiciário brasileiro, visando obter uma tramitação mais rápida do processo, bem como uma maior uniformidade do Direito, cujos projetos resultaram na edição da célebre EC de nº 45/2004, também intitulada de “Reforma do Poder Judiciário”, que instituiu diversas inovações no âmbito constitucional, como a introdução da súmula vinculante do STF, a obrigatoriedade da demonstração da repercussão geral nos recursos

⁴ PANTOJA, Fernanda Medina. Op. cit., p. 87-114.

⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel, 2002.

⁶ Disponível em: <http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJ8E452D90ITEMIDA08DD25C48A6490B9989ECC844FA5FF1PTBRIE.htm>. Acesso em 24/07/09.

extraordinários, e a introdução de um novo inciso, LXXVIII, no artigo 5º da CFRB/88, que tornou direito fundamental a razoável duração do processo.

Esta fase da reforma constitui uma tentativa de solucionar os problemas gerados pela ‘abertura das portas do judiciário’, que ocasionou um considerável aumento do número de demandas, possuindo, desta forma, o objetivo primordial de diminuir o número destes processos em trâmite nos tribunais brasileiros, efetivando o princípio da celeridade de forma racional e, conseqüentemente, reduzir substancialmente com a famigerada morosidade da Justiça Brasileira em concretizar uma resposta final aos anseios dos litigantes processuais.

A primeira Lei editada nesta fase da reforma foi a Lei 11.187/05, que determinou que a forma de agravo de decisão interlocutória seria, em regra, na forma retida, sendo o agravo de instrumento a exceção para os casos de a decisão causar lesão grave, ou de difícil reparação, à parte.

Posteriormente, foram editadas as seguintes Leis: Lei 11.232/05, que disciplinou a fase de cumprimento de sentença, unificando o processo de conhecimento e o de execução (processo sincrético); Lei 11.276/06, que instituiu a súmula impeditiva de recurso; Lei 11.277/06, que instituiu a sentença liminar; Lei 11.280/06, que versou sobre diversas matérias, como a comunicação dos atos processuais por meio eletrônico, a declaração de prescrição de ofício, concessão de liminar em ação rescisória, exceção de incompetência no domicílio do Réu, entre outros; Lei 11.341/06, que admitiu como prova da divergência jurisprudencial as decisões disponíveis na Internet; Lei 11.382/06, que alterou a execução de títulos extrajudiciais; Lei 11.417/06, que regulamentou a edição da súmula vinculante no STF; Lei 11.418/06, que regulamentou a repercussão geral no STF; Lei 11.419/06, que dispõe sobre os meios eletrônicos processuais; Lei 11.441/07, que possibilitou que o inventário e a partilha, a separação e o divórcio fossem feitos extrajudicialmente; e a Lei 11.672/08, que introduziu o artigo 543-C, e parágrafos, no CPC, versando sobre o julgamento dos recursos repetitivos, fundados na mesma questão de direito.

Infere-se, pela análise do breve resumo das leis suso mencionadas, que esta terceira fase pretendeu diminuir o trâmite processual nos tribunais, os quais encontram-se

sobrecarregados pelo vultoso número de processos em virtude da própria abertura ao acesso à justiça efetivada pela primeira fase da reforma, ou seja, busca-se pela implementação destas Leis uma maior celeridade processual, consubstanciada no princípio da razoável duração do processo, por meio da diminuição do número de processos a serem julgados.

Imperioso que se destaque que, no dia 13 de abril do presente ano de 2009, foi editado o “II Pacto Republicano de Estado por um sistema de justiça mais acessível, ágil e efetivo”⁷, também assinado pelos Chefes dos três Poderes, com o objetivo de reafirmar os compromissos adotados no I Pacto Republicano de Estado, também com o intuito de fortalecer a proteção aos direitos humanos, a efetividade da prestação jurisdicional, o acesso universal à Justiça e também o aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito e das instituições do Sistema de Justiça.

Verifica-se, portanto, que a Lei dos Recursos Repetitivos constitui mais um produto desta última, e atual, fase da reforma do poder judiciário brasileiro, insculpida pelo legislador pátrio com base em Projeto de Lei nº 1.213/07 apresentado pelos estudiosos do Instituto de Direito Processual Civil, e de autoria de Athos Gusmão Carneiro (Ministro aposentado do STJ).

Esta Lei será, a partir de agora, analisada não apenas no que diz respeito ao seu texto legal, mas principalmente no que tange às conseqüências advindas de sua aplicação, sua implementação e recepção pelos tribunais, operadores do direito, doutrina e jurisprudência.

2. DIREITO COMPARADO

2.1. O ‘Musterverfahren’ Alemão

A Alemanha é um país de tradição jurídica romano-germânica, ‘civil law’, possuindo suas normas positivadas em códigos de leis, característica esta da Europa

7

Disponível em:
<<http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJ8E452D90ITEMID87257F2711D34EE1930A4DC33A8DF216PTBRIE.htm>>. Acesso em 24/07/09.

Continental, na qual a lei é fonte primária, e a jurisprudência mera interpretação desta. Constitui justamente o reverso da ‘common law’ do direito anglo-saxão, no qual as decisões dos tribunais possuem vultosa importância como fonte primária de direito, tendo, inclusive, força de lei, como uma espécie de direito jurisprudencial, *case law*, que possui força obrigatória externas para todas as Cortes inferiores⁸.

Entretanto, em que pese o fato de não ser considerada fonte primordial em todos os ordenamentos jurídicos, é inegável a importância da jurisprudência para o direito, principalmente pelo fato de que ao direito não é possível acompanhar as mudanças sociais na mesma velocidade que estas ocorrem, sendo, portanto, relevante o papel desempenhado pelas decisões reiteradas dos tribunais que não apenas aplicam a lei ao caso concreto, mas perfazem toda uma interpretação sistemática visando alcançar os anseios sociais de acordo com as respectivas características, aproximando o direito de sua função social pacificadora.

Na verdade, não é apenas a importância da jurisprudência como meio interpretativo de leis que vem crescendo, mas também sua função de suprir lacunas deixadas eventualmente por alguma norma jurídica, bem como possibilidade de ser aplicada posteriormente, ou mesmo de forma concomitante, a diversos casos semelhantes que versem sobre a mesma matéria de direito, dando celeridade aos julgamentos.

Foi justamente com o intuito de implementar a celeridade no julgamento de relevante número de causas repetitivas que foi editada, na Alemanha, a Lei referente ao ‘*Musterverfahren*’ (*Gesetz zur Einführung von Kapitalanleger-Musterverfahren - KapMuG*), ou seja, o ‘procedimento-modelo’ de processos judiciais relativos ao Mercado de Capitais, em determinadas causas postuladas por investidores, expressas na Lei.

Esta forma de julgamento restou elaborada para dar celeridade à resolução de considerável número de demandas dos investidores da Bolsa de Valores Alemã, cerca de 2.500 ações envolvendo em torno de 17.000 poupadores e 700 advogados⁹, fundadas no mesmo fato, qual seja, os danos causados pela divulgação falsa, em prospectos, com relação ao valor dos ativos mobiliários pela ‘Deutsche Telekom’, em 1999 e 2000, o que deturpou os valores das ações da Empresa. De acordo com a previsão do Tribunal Alemão,

⁸TUCCI, José Rogério Cruz e., 2004.

⁹ CONSOLO, Cláudio. RIZZARDO, Dora., 2006, p. 891/914.

somente no ano de 2015 tais demandas restariam resolvidas caso fossem julgadas uma por vez.

De acordo com a Lei Alemã sobre os procedimentos-padrão de investidores¹⁰, estes poderiam ser instaurados nas causas em que fosse discutida a reparação de danos causados a investidores devido à informação falsa, enganadora ou omitida publicamente por empresas de capital aberto, ou em que houvesse reivindicação acerca de satisfação de contratos baseados em oferta de aquisição de valores mobiliários, tanto por requerimento do Réu, quanto do Autor apresentado ao juízo local, desde que demonstrada a repercussão em outros processos, ou seja, o interesse coletivo na resolução da questão.

Admitido o pedido de julgamento pelo juízo originário nesta forma, será o mesmo publicado eletronicamente, em órgão oficial, assim como o serão os demais pedidos similares. Ainda assim, para que seja estabelecido o julgamento de acordo com este procedimento, será necessário que sejam feitos, pelo menos, dez requerimentos neste mesmo sentido, durante o prazo de quatro meses, nos quais os pontos de litígio semelhantes devem ser expressamente indicados pelos respectivos Requerentes.

Uma vez decidida a instauração do julgamento dos processos pelo procedimento-padrão, decisão esta irrecorrível, o feito será remetido ao Tribunal de Segundo Grau, ou mesmo a um Tribunal Superior Federal, neste caso quando houver vários Tribunais Estaduais envolvidos. Em seguida, será eleito um representante entre os Reclamantes, e outro entre os Reclamados, podendo os demais litigantes integrar o processo para auxiliá-los, sendo esta decisão publicada.

Os demais processos deverão ser sobrestados *ex officio*, ou seja, mesmo que não haja requerimento da parte para integrar a lide como parte interessada no julgamento do processo, de acordo com este procedimento.

Durante o exame do procedimento-modelo, todas as questões levantadas a respeito do processo serão dirimidas pelo Tribunal, sendo ainda marcada uma audiência para o esclarecimento de eventuais temas necessários, da qual participarão não apenas os

¹⁰ “Act on the Initiation of Model Case Proceedings in respect of Investors in the Capital Markets”. Disponível em: <http://www.bmj.bund.de/files/-/1110/KapMuG_english.pdf>. Acesso em: 17/09/2009.

respectivos Representantes do Reclamante e do Reclamado, mas todos os eventuais interessados que assim desejarem, os quais poderão se manifestar por escrito, inclusive, requerendo a inclusão de outras questões comuns no julgamento.

A decisão proferida em sede de procedimento-padrão deverá ser aplicada obrigatoriamente pelas Cortes originárias aos respectivos processos judiciais que versassem sobre a mesma matéria, conforme explicita a Lei Alemã¹¹, no n° 1, da Seção 16, Parte 3.

O Tribunal Superior decidirá apenas as questões relativas à existência, ou não, de informação falsa, enganadora ou omitida, ou mesmo sobre a responsabilidade nos contratos de aquisição de valores mobiliários, e não se o investidor faz *jus*, efetivamente, à indenização ou não. Esta análise será feita, de forma individual, pelos Tribunais originários de cada causa, nos quais deverá ser provado pela parte Reclamante o dano sofrido para que seja concedida a indenização pleiteada.

Ressalte-se, ainda, que este procedimento possui prazo de vigência para a sua aplicação conforme prevê a Lei acima mencionada, ou seja, será aplicado desde sua instituição, no ano de 2005, até a data de 1° de novembro de 2010, exatamente cinco anos após o início de sua vigência, quando então perderá eficácia automaticamente devido à cláusula ‘sunset’ (cláusula do por do sol), prevista nessa mesma Lei, podendo, todavia, ser prorrogado pelo legislador, caso seja necessário, ou mesmo ampliado a outros processos judiciais civis em massa.

É possível perceber, pelo que se expõe, que tal procedimento foi implementado para a solução pontual de demandas em massa surgidas, evitando, desta forma, decisões divergentes acerca da mesma questão, preservando a segurança jurídica quanto às decisões judiciais, ao mesmo tempo em que possibilita uma solução mais rápida a estas demandas similares, trazendo benefício tanto às partes, como também aos Tribunais que terão seu trabalho reduzido na resolução de cada caso. Ademais, as custas serão repartidas proporcionalmente, ao final, entre as partes, o que diminui, ainda mais, os gastos processuais.

¹¹ “The German “Capital Markets Model Case Act”. Disponível em: <<http://www.bmj.bund.de/files/-/1056/EnglishInfoKapMuG.pdf>>. Acesso em: 17/09/2009.

Constitui, portanto, um “processo de cognição seguímentada”¹², isto porque a resolução do processo divide-se em duas fases. Há, em um primeiro momento, uma atividade de conhecimento coletiva, na qual diversos processos são analisados no intuito de ser selecionado apenas um que represente os demais para a resolução dos aspectos comuns às “demandas isomórficas”¹³, sendo então proferida decisão. A segunda fase diz respeito ao julgamento individual de cada causa de forma individual pelos Tribunais originários.

Após esta breve apresentação do ‘Musterverfahren’ Alemão, conclui-se que o legislador brasileiro, no que diz respeito à elaboração da Lei 11.672/08, Lei dos Recursos Repetitivos, certamente inspirou-se no direito comparado, em especial no Direito Alemão, muito embora não tenha reproduzido fielmente a idéia de julgamento do procedimento-modelo acima visto, mas apenas o ideal de diminuição do significativo número de processos similares a serem julgados.

A técnica utilizada pelo legislador brasileiro diverge claramente do propósito presente no procedimento alemão na medida em que aquele pretendeu julgar um ou mais, recursos especiais que versem sobre a mesma questão de direito, sendo esta decisão aplicada, posteriormente, aos demais recursos especiais que restaram sobrestados aguardando o julgamento do ‘recurso piloto’, julgando não mais os processos em si, mas a tese jurídica versada nos mesmos por este mecanismo, proferindo julgamento em massa.

Além disto, não se pode olvidar o fato de que, no caso do ‘Musterverfahren’, esta técnica de julgamento não é aplicável para todos os processos judiciais, e sobre quaisquer questões jurídicas, mas apenas no que diz respeito aos processos dos investidores do Mercado de Capitais quanto a determinados aspectos expressamente previstos na própria Lei de Introdução de procedimentos-padrão de investidores.

Faz-se nítido, portanto, o real intuito de nosso legislador, qual seja, a diminuição do número de processos a serem julgados pelos Tribunais, e em especial por nossa Corte Infraconstitucional, pela aplicação de uma mesma decisão proferida em processo paradigma a todos os demais que versem sobre a mesma tese de direito, ocasionando,

¹² NUNES, Dierle José Coelho., 2008, Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12123>>. Acesso em: 18/09/2009.

¹³ CABRAL, Antônio do Passo., 2007, p. 123-146.

indiretamente, a celeridade processual tão almejada e prevista em nossa Constituição Federal, artigo 5º, LXXVIII, bem como a uniformização do entendimento da Corte sobre a matéria.

Realmente, o interesse visado na reforma implementada pela edição da Lei 11.672/08 procurou muito mais satisfazer aos interesses dos julgadores do que propriamente ao interesse dos litigantes, ainda que pela utilização do argumento da supremacia do interesse coletivo sobre o privado.

As diferenças entre os institutos brasileiro e alemão não são apenas estas supra expostas, mas principalmente o fato de que, no caso do direito alienígena, foi elaborada uma Lei visando claramente tornar mais célere e uniforme o julgamento de processos referentes ao Mercado de Capitais nos quais determinado fato estivesse sendo questionado por ter causado, ainda que em tese, dano a diversos investidores, ocasionando, por conseguinte, litúgio em massa, ou seja, foi criado para tentar solucionar questões pontuais, e não toda e qualquer questão de direito ou de fato.

Da mesma forma, não pretendeu o legislador alemão determinar o julgamento das causas *in totum*, mas apenas a existência, ou não, do fato relevante que, supostamente, causou dano, sendo que a questão da ocorrência da lesão seria apreciada caso a caso, e não em apenas um julgamento aplicável integralmente a todos os processos judiciais.

Por fim, a Lei de Introdução do ‘*Musterverfahren*’ possui, como já assinalado, prazo de vigência, não pelo fato de que futuramente não existirão outras causas repetitivas, mas para que seja avaliado se, de fato, houver resultados positivos na aplicação desta técnica, podendo, inclusive, a mesma ser prorrogada, ou então estendida a outros julgamentos de causas civis.

Houve, portanto, a elaboração muito mais criteriosa no Direito Alemão, com nítido ensejo de propiciar aos investidores litigantes melhores condições de julgamento das questões em massa levantadas pelos mesmos, visando satisfazer verdadeiramente o interesse público.

Em assim sendo, muito embora a pretensão do legislador brasileiro, ainda que indireta, fosse trazer para o direito brasileiro a técnica aplicada no Direito Alemão, acabou

por desvirtuar a *mens legis* desta, criando instituto diverso e, em opinião da qual partilhamos, de idoneidade discutível.¹⁴

2.2. O ‘pleito-testigo’ ou ‘recurso-test’ do Direito Espanhol

A influência do procedimento alemão não incidiu apenas sobre o legislador pátrio, mas também sobre o espanhol, que, inclusive antes do Brasil, alterou sua Lei Reguladora os Tribunais Administrativos (LJCA) n° 29/1998, pela Lei Orgânica n° 19/2003, no que diz respeito ao artigo 37, o qual passou a prever o ‘pleito-testigo’¹⁵, ou ‘recurso-test’¹⁶⁻¹⁷.

De acordo com a legislação espanhola, o objetivo da introdução deste tipo de julgamento seria justamente agilizar a tramitação das causas pela extensão dos efeitos de sentença proferida em determinado julgamento aos demais recursos semelhantes, desde que houvesse demandas em massa contra atos idênticos e com o mesmo pedido.

Em havendo significativo número de recursos sobre o mesmo objeto, o Tribunal poderá determinar o trâmite e julgamento de apenas um, ou alguns, de acordo com critérios próprios de escolha, de forma a abranger todas as questões suscitadas acerca do tema, suspendendo os demais recursos similares. Ao proferir a sentença no processo selecionado, as partes afetadas pela suspensão serão notificadas, podendo optar pela desistência, pela extensão da decisão proferida, conforme prevê o artigo 111 da LJCA, ou pela continuação de seu processo individual, possuindo, desta forma, poder exorbitante que a própria Lei lhes outorga¹⁸.

Nesta última hipótese, diverge a doutrina espanhola se seria o caso de a parte ter de esperar o trânsito em julgado da decisão proferida em sede de julgamento do ‘recurso teste’, conforme prevê a Lei, ou se seria possível requerer a extensão dos efeitos desta decisão para seu processo mesmo antes de ter se tornado imutável a decisão pleiteada.

¹⁴ NUNES, Dierle José Coelho. Op. cit., Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12123>>. Acesso em: 18/09/2009.

¹⁵ Tradução sugerida: ‘processo testemunha’.

¹⁶ Tradução sugerida: ‘recurso teste’.

¹⁷ ANDRÉS, Antonio Alfonso Pérez., 2000, p. 283-301.

¹⁸ Ibid., p. 283-301.

Quanto à possibilidade de escolha pelo litigante, após o julgamento do ‘processo testemunha’, há forte crítica na doutrina no que diz respeito ao pleito de continuidade de seu processo de forma individual, o que provavelmente ocorrerá quando a sentença for de indeferimento, e de nada terá adiantado a suspensão e escolha de apenas um processo para ser julgado, tornando inócuo o próprio instituto. Sendo assim, para estes doutrinadores, deveria ser obrigatória a aplicação da sentença-tipo aos demais recursos que restaram sobrestados.

Os recursos escolhidos para representar a idêntica questão de direito tramitarão com caráter preferencial frente a todos os demais recursos pendentes de julgamento pelo mesmo órgão jurisdicional, salvo os relativos a Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais ou os recursos diretos contra regulamentos.

Da mesma forma ocorrida em nossa legislação, percebe-se que a técnica dos procedimentos-padrão do Direito Alemão não foi literalmente levada para o ordenamento espanhol, tendo em vista as diferenças significativas entre ambos institutos.

Em contrapartida, e ao contrário do ocorrido em nosso ordenamento jurídico, restou priorizado o interesse dos litigantes, e não propriamente dos julgadores, pois àqueles será possível pleitear, ou não, a extensão e aplicação da decisão proferida no processo representativo selecionado, ou desistir ou ainda pedir o normal prosseguimento de acordo com o caso concreto, não ocorrendo a aplicação impositiva de uma decisão sobre os demais processos similares.

3. A LEI 11.418/06 COMO FONTE INSPIRADORA.

A proposta, e elaboração, da Lei dos Recursos Repetitivos não sofreu influência apenas do direito comparado, mas também pela edição da Lei 11.418/06, na qual inspirou-se, conforme se depreende da leitura da exposição de motivos da Lei 11.672/08, analisada no Capítulo seguinte.

Cabe aviventar que esta Lei, 11.418/06, incluiu os artigos 543-A e 543-B, no Código de Processo Civil, regulamentando o artigo 102, §3º da Constituição Federal de

1988, e estabelecendo como pressuposto para a admissibilidade do Recurso Extraordinário a demonstração da repercussão geral da matéria controvertida.

A similitude entre o texto legal de ambas as normas saltam aos olhos, mas de outra forma não poderia ser, isto porque a essência presente nas Leis é a mesma, qual seja, a redução da quantidade de recursos a serem julgados pelo STF e pelo STJ, pela apreciação não mais de cada recurso propriamente dito, mas da matéria controvertida, ou de direito, respectivamente, sobre a qual será sufragado entendimento do Tribunal Superior, aplicando-se aos demais recursos sobre a mesma questão a decisão proferida no julgamento do recurso representativo selecionado pelo Tribunal de origem, em virtude da implementação do regime da repercussão geral e do julgamento dos recursos repetitivos, conforme a Corte julgadora.

Fazendo-se uma comparação entre o texto das normas, infere-se que há a determinação do sobrestamento dos demais recursos não selecionados, que abordem a mesma matéria repetitiva, enquanto pendente o julgamento do recurso paradigma (artigo 543-B, §1º, do CPC e artigo 543-C, §1º, do CPC), até mesmo porque, como já restou afirmado, a decisão proferida neste será posteriormente aplicada àqueles.

Da mesma forma, é prevista a figura do *amicus curiae*, que permite uma maior participação dos interessados no intuito de ser obtida uma visão mais ampla do assunto pela Corte Julgadora, bem como para que todos os argumentos possíveis levantados sejam levados em consideração no momento da prolação do *decisum*.

Todavia, a manifestação do ‘amigo da corte’, prevista no §6º do artigo 543-A do CPC, restringe-se quanto ao exame da repercussão geral na análise de admissibilidade do recurso extraordinário, ou seja, será verificado se a matéria controvertida transcende aos interesses subjetivos da causa, pressuposto este necessário para o conhecimento do recurso extraordinário interposto, bem como para a sua posterior remessa ao Supremo Tribunal Federal, caso estejam presentes os demais requisitos.

Por sua vez, o artigo 543-C, §4º, do CPC, permite uma maior participação dos interessados na resolução da controvérsia processual, havendo interesse propriamente no

juízo da matéria de direito veiculada no recurso especial escolhido como representante dos repetitivos.

Há nas normas jurídicas em comento, a possibilidade de o órgão *a quo* retratar-se caso a decisão por este proferida seja diversa da firmada pelo STF ou STJ (artigo 543-B, §3º, do CPC e II, §7º, artigo 543-C, do CPC), amoldando-se ao entendimento consolidado pela Corte, eis que seria impossível rejuizar o processo.

Apesar de ser possível o juízo de retratação em ambas as Leis, caso o órgão originário entenda pela manutenção de sua decisão, ainda que esta seja contrária à da Corte Superior, no âmbito do STJ, de acordo com a Lei dos Recursos Repetitivos o recurso especial interposto contra a decisão da Câmara ou Turma terá a sua admissibilidade examinada para, posteriormente, presentes os requisitos de admissibilidade, ser remetido ao STJ para julgamento (artigo 543-C, §7º, I e II, e §8º, do CPC).

Quanto ao STF, há a previsão na Lei 11.418/06 da possibilidade de, uma vez reconhecida a incidência da repercussão geral e julgado o mérito do recurso, os demais processos sobrestados serem apreciados e julgados pelo Tribunal Originário o qual poderá, em juízo de retratação, alterar sua decisão que for contrária à proferida pelo STF. Todavia, se este mesmo Tribunal entender pela manutenção da referida decisão por ele proferida, o acórdão poderá ser cassado ou reformado liminarmente pela Corte Constitucional ¹⁹(como prevê o §4º do artigo 543-B do CPC).

Na hipótese de não ser reconhecida a repercussão geral, todos os recursos extraordinários serão inadmitidos, inclusive os sobrestados, pela ausência do pressuposto recursal.

Ainda de acordo com as referidas normas, os Tribunais de Segundo Grau, o STJ e o STF, deverão regulamentar o processamento e julgamento dos recursos especial e extraordinário, respectivamente (artigo 543-C, §9º, do CPC, e artigo 543-B, §5º, do CPC), o que já foi cumprido pelo TJERJ (Resoluções nº 3/2009 e nº 4/2009), pelo STF (Emendas Regimentais nº 21, 22, 23, 24, 27, 31 que alteraram o Regimento Interno da Corte), e pelo STJ (Resolução nº 8/2008).

¹⁹ GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira., 2009, p. 140-155.

Há, também, identidade entre as previsões dispostas na Lei 11.672/08 e no Regimento Interno do STF, como a possibilidade de o Relator no Tribunal Superior selecionar os recursos paradigmas, caso o Tribunal de Origem não o tenha feito (artigo 543-C, §2º, CPC e artigo 328 do RISTF).

Entretanto, em que pesem tais semelhanças, existem diferenças significativas entre as Leis, como, por exemplo, o fato de que a Lei 11.672/08 não instituiu um novo pressuposto de admissibilidade do recurso especial, ou seja, não há falar em demonstração de transcendência da matéria, no sentido de esta ultrapassar os interesses subjetivos da causa ²⁰(como prevê o artigo 543-A, §1º, do CPC), para que seja admitido o recurso infraconstitucional, ao revés do que ocorre na esfera do recurso extraordinário (artigo 543-B, §2º, do CPC), no qual a decisão do STF, quanto à existência ou não da repercussão geral, exige *quorum* específico, sendo esta decisão vinculante aos demais recursos constitucionais sobre a mesma matéria controvertida (artigo 543-A, §5º, do CPC).

Além disto, a reforma introduzida no CPC, no que tange ao recurso especial, não possui suporte constitucional como a implementada para o recurso extraordinário, esta elaborada justamente para regulamentar o disposto no artigo 102, §3º, da CFRB/88, acrescentado pela EC nº 45/2004.

Quanto à manifestação do membro do Ministério Público, há previsão expressa no artigo 543-C, §5º, do CPC, o que não ocorre no âmbito da Lei 11.418/06 e nem no Regimento Interno do STF.

Não dispõe a Lei 11.418/06 quanto à preferência no julgamento da questão da repercussão geral com relação aos demais recursos, enquanto que na Lei 11.672/08, artigo 543-C, §6º, do CPC, há esta previsão sendo ressalvados os casos que envolvam réu preso e os pedidos de *habeas corpus* os quais não serão preteridos. Quanto ao pedido de informações previsto no §3º do artigo 543-C CPC, o Regimento Interno do STF, dispõe no artigo 328, segundo o qual deverão estas ser prestadas no prazo de 5 dias.

Após a apresentação dos pontos comuns e opostos das Leis, importante que se destaque que não constituiu esta implementação a primeira tentativa de instituir o

²⁰ CAVALCANTE, Mantovanni Colares., 2008, p. 179-189.

juízo simplificado dos recursos especiais no âmbito do STJ, de forma similar, e inspirada, em Lei direcionada ao STF.

Na verdade, tentou-se, quando da proposta da PEC n° 96/1992²¹, que previa a introdução do artigo 103-A e parágrafos na Constituição Federal, a instituição da elaboração de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e pelos Tribunais Superiores, após reiteradas decisões sobre a matéria.

O texto do artigo 103-A e parágrafos foi alterado pelo Senado Federal, que permitiu apenas à Corte Constitucional a edição da súmula vinculante, Casa esta na qual a PEC passou a ter o n° 29/2000, sendo inserida em seu texto nova proposta de filtro recursal²², no âmbito do STJ, consistente esta na edição de súmula que impedisse a interposição de recurso contra a decisão que a aplicasse verbete aprovado após reiteradas decisões sobre a matéria, conforme o artigo 105-A, caput, e §§1°, 2° e 3°, da CFRB/88²³.

Da mesma forma, esta alteração não foi confirmada pela Câmara dos Deputados, sendo então aprovada a referida PEC como a famigerada Emenda Constitucional n° 45 de 2004, com o texto que hoje se tem notícia²⁴, sem nenhuma das sugestões acima apresentadas para a redução da quantidade do número de recursos dirigidos ao STJ, por meio da aplicação de filtros como a súmula vinculante, disponibilizada apenas para o STF.

Com a edição da Lei 11.418/06, o STJ, cobiçou, e alcançou, regulamentação similar com a Lei n° 11.672/08, Lei dos Recursos Repetitivos, visando diminuir o volume de processos a serem julgados pela Corte, para implementar, de acordo com seu propósito legal, a racionalidade e celeridade no julgamento dos recursos especiais, bem como a uniformização do entendimento jurisprudencial.

²¹ Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/dc_20.asp?selCodColecaoCsv=D&Datain=14/12/1999&txpagina=1100&altura=700&largura=800&txSuplemento=2>. Acesso em: 02/10/2009.

²² LEITE, Gisele Pereira Jorge., 2008, Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5315>. Acesso em: 08/10/2009.

²³ Disponível em: <<http://www.anamatra.org.br/geral/sap/Texto%20que%20volta%20C3%A0%20C3%A2mara.doc>>. Acesso em 02/10/2009.

²⁴ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm#art9>. Acesso em: 02/10/2009.

Esta sistematização dos recursos especiais já era prevista e aguardada não apenas pelo projeto que já havia sido encaminhado à Câmara dos Deputados no ano de 2007, mas também pelo discurso de posse do então Ministro Presidente do STJ, Humberto Gomes de Barros, que, por entender que a Corte Infraconstitucional estaria sendo discriminada em relação à Corte Constitucional, solicitou ao Poder Legislativo ferramentas similares dadas a esta Corte, no intuito de conferir sistematização aos julgamentos por ele proferidos.

Neste sentido, assim discursou: “Em nome da Corte e em favor de todos os que necessitam de justiça, lanço um apelo a nossos parlamentares: ponham a nosso alcance os instrumentos salvadores concedidos ao Supremo Tribunal Federal”²⁵.

Com efeito, não se pode olvidar que sistema de filtro recursal implantado no STF é muito mais rigoroso que os do STJ, eis que alterou o próprio procedimento recursal na Corte Suprema no que tange aos requisitos de admissibilidade do recurso extraordinário, enquanto que no STJ foi alterado apenas o processamento recursal.

Além disto, o STF possui outra ferramenta exclusiva, qual seja, a súmula vinculante que constitui a decisão uniforme da Corte quanto à interpretação, validade e eficácia de determinadas normas, após reiteradas decisões sobre o *thema* constitucional, vinculando não apenas os órgãos do Poder Judiciário, mas também a Administração Pública.

Para alguns Doutrinadores, que veem com bons olhos a edição das Leis acima comentadas, muito embora o recurso especial não tenha alcançado o patamar de relevância que hoje possui o recurso extraordinário, isto seria mera questão de tempo²⁶, sendo futuramente inevitável que ao STJ também seja regulamentada espécie de repercussão geral como pressuposto de admissibilidade.

Os mais cautelosos, ao contrário, não enxergam, nesta implementação, qualquer vitória, ou mesmo benefício, para os litigantes, senão verdadeira afronta aos princípios basilares do Direito Processual Civil, assim como absurda diminuição das garantias processuais conferidas às partes pela Carta Maior, como o Contraditório e a Ampla Defesa,

²⁵ Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/16933>>. Acesso em: 02/10/2009

²⁶ CAVALCANTE, Mantovanni Colares. Op cit., p. 179-189.

corolários do Devido Processo Legal, além dos princípios da recorribilidade das decisões e do livre convencimento.

4. ANÁLISE DA LEI 11.672/2008

Conforme já restou assinalado, foi justamente neste cenário de inovações da terceira fase da reforma, visando implementar a celeridade processual, bem como a eficiência do trâmite dos processos nos tribunais pela uniformização dos julgamentos dos recursos, que foi elaborado o Projeto de Lei nº 1.213/07, proposto em 30/05/2007, e encaminhado ao Senado em 29/11/2007, PCL 117, que, após aprovação pelas Casas, foi remetido à sanção Presidencial em 17/04/2008, resultando na promulgação da Lei 11.672/08, em 08/05/08, cuja vigência se deu a partir de 08/08/08.

A rapidez no processo legislativo da referida Lei dos Recursos Repetitivos, que em menos de ano restou promulgada, ocorreu em virtude do requerimento apresentado, e acolhido, pelo Plenário do Senado Federal, após a solicitação da Assessoria Parlamentar do STJ, sendo, desta forma, inserida no ordenamento jurídico pátrio, com aplicação imediata aos Recursos Especiais interpostos mesmo antes de sua vigência, o que evidencia a pressa do Poder Judiciário, em parceria com o Poder Legislativo, em por em prática mais esta forma de contenção de processos nos Tribunais, em especial no STJ.

Em consulta feita ao site do Superior Tribunal de Justiça²⁷, verifica-se a notícia de que somente no ano de 2008 foram julgados mais de 354 mil processos. Observa-se, ainda, que nos 20 anos de existência do Superior Tribunal de Justiça, foram julgados quase 3 milhões de processos, numerário este existente não obstante as 376 súmulas de orientação jurisprudencial existentes.

De acordo com o entendimento explicitado pelo Ministro Humberto Gomes de Barros, “O projeto sancionado representa uma carta de alforria para o Superior Tribunal de

²⁷

Disponível em: http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=91531. Acesso em 22/08/2009.

Justiça”²⁸, não apenas pelo tempo gasto pelos Ministros no julgamento de causas repetitivas, mas também pelos gastos financeiros com tais julgamentos, cerca de 175 milhões de reais nos últimos três anos.

Diante de tais estatísticas, foram elaboradas diversas Leis como a implementação do processo eletrônico (Lei 11.419/06), que visa agilizar o recebimento, o julgamento e a saída dos processos do STJ, a cobrança de custas para a interposição de recursos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (Lei 11.636/07), e a recente Lei 11.672/08, Lei dos Recursos Repetitivos.

Diversas são as sugestões doutrinárias no que diz respeito à nomenclatura para denominar o recurso que representará a questão de direito, como “precedente paradigmático”, “recurso piloto”, “recurso líder”, “paciente indicado”²⁹, “recurso-padrão”³⁰, “causa piloto”, “processo teste”, “paradigmatis”³¹, “recurso por amostragem”³², recurso repetitivo, entre várias outras existentes.

Em que pese o fato de a Lei 11.672/08 ter alterado apenas o Código de Processo Civil, a mesma é aplicável a todos os recursos especiais repetitivos, sobre toda e qualquer matéria de direito repetitiva, e não apenas à matéria cível³³, ao contrário do que afirmam alguns doutrinadores³⁴, visto que trata-se de reforma de caráter geral, afeta à Teoria Geral do Processo, sendo certo, ainda, que a mesma já está sendo aplicada à matéria penal e processual penal repetitiva conforme se verifica pelas decisões proferidas nos processos

²⁸ BARROS, Humberto Gomes de., 2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-mai-16/lei_1167208_resgatar_stj_inviabilidade>. Acesso em: 27/08/2009.

²⁹ TAVARES JUNIOR, Homero Francisco., 2008, p. 190-202.

³⁰ ALVIM, José Eduardo Carreira., 2008, p. 168-185.

³¹ POMAR, João Moreno., 2008, Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3097. Acesso em 26/08/2009.

³² MOREIRA, José Carlos Barbosa apud TALAMINI, Eduardo., 2008, Disponível em: <<http://br.groups.yahoo.com/group/rumoaaprovacao/message/62>>. Acesso em: 26/08/2009.

³³ FUDOLI, Rodrigo de Abreu., 2008, Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11276>>. Acesso em: 26/08/2009.

³⁴ CARVALHO, Esdras dos Santos, 2008, Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4988>. Acesso em 26/08/2009.

julgados tanto pela Terceira Seção, bem como pela Corte Especial, disponíveis no próprio sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça³⁵.

4.1. A exposição de motivos do Projeto de Lei 1.213/2007³⁶

A *ratio essendi* da Lei 11.672/08 foi justamente a diminuição a quantidade de processos em trâmite no Superior Tribunal de Justiça, com o intuito de conferir racionalidade e celeridade à prestação do serviço jurisdicional, sem que restasse violado qualquer princípio, especificamente, os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Para alcançar o fim almejado, a exposição de motivos do Projeto de Lei 1.213/07, que redundou na elaboração e promulgação da referida Lei, especifica que tal procedimento seria implementado quando houvesse multiplicidade de recursos especiais que versassem sobre a mesma questão de direito, por meio da seleção de alguns destes recursos, os quais representariam os demais na análise e pronunciamento definitivo da Corte Infraconstitucional, a fim de formar um entendimento consolidado sobre o tema.

Conforme já assinalado no Capítulo anterior, a Lei foi fortemente inspirada pelo disposto no texto da Lei 11.418/06, norma esta regulamentadora da repercussão geral no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

A preocupação com o vultoso número de processos que são remetidos diariamente ao STJ é ressaltada no projeto de Lei, principalmente pela tendência crescente deste numerário, o qual seria uma das razões para a famigerada morosidade do Judiciário Brasileiro, principalmente, no âmbito do STJ.

Na verdade, a implementação no âmbito do Superior Tribunal de Justiça da Lei em questão seria feita pela seleção de um, ou alguns, Recursos Especiais paradigmas, que

³⁵ Disponível em: http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=835&tmp.texto=88939#. Acesso em 26/08/2009.

³⁶ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/EXPMOTIV/MJ/2007/40.htm. Acesso em 22/08/2009.

seriam submetidos ao julgamento pela Corte, enquanto os demais recursos similares restariam sobrestados, aguardando o resultado do *decisum*, o qual, ao final, seria aplicado a todos que versem sobre a mesma questão de direito, gerando, desta forma, uma espécie de julgamento em cascata.

Restou, todavia, ressalvada a hipótese de que tal entendimento firmado pelo STJ seria aplicado aos recursos em trâmite neste Tribunal Superior, sendo concedida a oportunidade, e não obrigatoriedade, aos Tribunais de origem estabelecer juízo de retratação caso a decisão proferida pelos mesmos fosse contrária ao entendimento firmado.

Por fim, para assegurar que a questão fosse analisada por todos os ângulos possíveis, de forma que todos os argumentos levantados sobre a questão restassem esclarecidos, o mencionado Projeto de Lei estabeleceu a possibilidade da solicitação de informações a respeito do *thema* aos Tribunais de origem, ou mesmo aos interessados na resolução da questão de direito em foco, bem como a oitiva do membro do *Parquet* nos processos que versem sobre matéria cuja intervenção deste seja necessária.

Verifica-se, portanto, que a Lei 11.672/08 visou uma maior eficiência na análise dos Recursos Especiais na Corte Superior de Justiça, não apenas pela celeridade que a introdução do artigo 543-C, e parágrafos, do CPC, pretendeu empreender.

4.2. O texto legal da Lei dos Recursos Repetitivos

A curtíssima Lei 11.672/08, de apenas três artigos, acrescentou ao Código de Processo Civil o artigo 543-C, caput, seguido de nove parágrafos, dispendo de forma geral sobre sua aplicação no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, ressaltando que caberá à este, bem como os demais Tribunais, regulamentar o processamento e julgamento dos Recursos Especiais conforme o novo dispositivo legal.

De acordo com a cabeça do artigo 543-C do Código de Processo Civil: “Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo”.

Evidente que não poderá a questão versar sobre matéria de fato cujo exame é expressamente vedado pela jurisprudência pacífica e sumulada do Superior Tribunal de Justiça, nos moldes do verbete nº 7 desta Corte. Ademais, constitui pressuposto básico para a interposição de recurso especial não apenas a sucumbência, mas a violação à ordem jurídica infraconstitucional, conforme prevê a Constituição Federal no artigo 105, III, alíneas ‘a’, ‘b’ e ‘c’.

Importante que se destaque que somente os Recursos Especiais que versem sobre a mesma matéria de direito serão processados na forma prevista neste artigo, visando obter decisão uniforme da Corte sobre a *quaestio juris*, para a posterior aplicação aos demais Recursos Especiais que tratem da questão, diminuindo, desta forma, a quantidade de recursos repetitivos tramitando pelos Tribunais Superiores.

Portanto, a questão deve atingir a um número considerável de recursos para justificar a suspensão dos processos com recursos repetitivos até o pronunciamento definitivo pelo Superior Tribunal de Justiça sobre o assunto, cumprindo, desta forma, o requisito previsto no caput do artigo no que tange à “multiplicidade de recursos”.

O §1º do artigo 543-C do CPC dispõe o seguinte:

Caberá ao presidente do tribunal de origem admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça, ficando suspensos os demais recursos especiais até o pronunciamento definitivo do Superior Tribunal de Justiça.

De acordo com a leitura do parágrafo supra, percebe-se que cabe, originariamente, ao Presidente do Tribunal, ou Vice-Presidente, de acordo com o regimento interno do Tribunal de onde são interpostos os recursos especiais, a escolha do recurso repetitivo paradigma. No caso do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, compete ao Terceiro-Vice Presidente a escolha, razão pela a qual nos referiremos apenas a este a partir de agora.

Apenas de forma subsidiária que caberá ao Ministro Relator do STJ a seleção do recurso repetitivo que será julgado, conforme se infere pela redação do §2º do artigo 543-C do CPC:

Não adotada a providência descrita no § 1º deste artigo, o relator no Superior Tribunal de Justiça, ao identificar que sobre a controvérsia já existe jurisprudência dominante ou que a matéria já está afeta ao colegiado, poderá determinar a suspensão, nos tribunais de segunda instância, dos recursos nos quais a controvérsia esteja estabelecida.

Pela leitura destes dispositivos acima transcritos, é cristalina a diferença no critério de escolha do recurso piloto, isto porque na medida em que ao Vice-Presidente do Tribunal cabe apenas a seleção de um ou mais recursos representativos da questão de direito, ao Ministro Relator é possível determinar desde logo a suspensão dos processos caso já exista jurisprudência dominante ou mesmo na hipótese de a matéria já estar afeta ao colegiado, aguardando julgamento.

Ainda que o Vice-Presidente do Tribunal originário deixe passar pelo crivo de admissibilidade dos recursos especiais algum dentre estes que possa ser caracterizado como repetitivo, é possível o sobrestamento pelo próprio Ministro Relator do STJ, passando, assim, por uma dupla filtragem recursal.

Certo é que a identificação do recurso como repetitivo deve ser feita com a maior cautela possível tanto pelo Vice-Presidente do Tribunal de origem, como pelo Ministro Relator do Superior Tribunal de Justiça, para que não ocorram erros crassos no sentido de serem suspensos processos que não possuam qualquer identidade com a matéria de direito.

Prevê o §3º do dispositivo em questão que: “O relator poderá solicitar informações, a serem prestadas no prazo de quinze dias, aos tribunais federais ou estaduais a respeito da controvérsia”.

Na verdade, trata este parágrafo da possibilidade de serem coletadas informações sobre a questão repetitiva a fim de ser feita uma análise completa sobre o assunto, vez que a decisão que será prolatada pelo STJ constituirá a uniformização do entendimento firmado pela Corte e terá aplicação em cascata aos demais recursos especiais, sobre esta mesma matéria, que estejam sobrestados.

Nos termos do §4º: “O relator, conforme dispuser o regimento interno do Superior Tribunal de Justiça e considerando a relevância da matéria, poderá admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia”.

Esta previsão é a do *amicus curiae*, ou seja, a manifestação de interessados na resolução da questão, já prevista no âmbito da repercussão geral, a qual pode ser feita por órgãos ou entidades, ou mesmo pelas partes cujos processos encontram-se sobrestados aguardando o julgamento do recurso escolhido como representativo da matéria de direito, estes sim verdadeiros interessados.

A possibilidade de manifestação do membro do *Parquet* é prevista no §5º, segundo o qual: “Recebidas as informações e, se for o caso, após cumprido o disposto no § 4º deste artigo, terá vista o Ministério Público pelo prazo de quinze dias”.

Muito provavelmente, esta intervenção apenas ocorrerá nos casos em que for obrigatória e legítima, nos termos dos artigos 127 e 129 da Constituição Federal, artigo 25 da Lei 8.625/93 e artigos 81 a 85 do Código de Processo Civil, ou seja, não pretendeu a referida Lei criar nova situação de intervenção, sob pena de ser negada a essência desta Lei dos Recursos Repetitivos, qual seja, a implementação da celeridade no julgamento dos recursos especiais.

O §6º versa sobre a preferência no processamento e julgamento dos recursos paradigmas, assim prescrevendo:

Transcorrido o prazo para o Ministério Público e remetida cópia do relatório aos demais Ministros, o processo será incluído em pauta na seção ou na Corte Especial, devendo ser julgado com preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de *habeas corpus*.

Tal previsão mostrou-se necessária para que fosse alcançado o *mens legis* da Lei 11.672/08, isto porque caso não fosse concedida a referida preferência de julgamento sobre os demais recursos, ressalvados os pedidos de *habeas corpus* e que envolvam réu preso, a grande quantidade de recursos a serem apreciados e julgados pelo STJ tornaria ainda mais extenso o prazo de suspensão dos processos que aguardariam o julgamento do recurso piloto, e de nada serviria para garantir a tão almejada razoável duração do processo.

Espera-se, contudo, que a preferência na tramitação dos recursos repetitivos não torne a via do recurso especial ainda mais extensa para os demais recursos que não tratem da mesma questão de direito, retardando o julgamento de tais recursos ‘isolados.’

Saliente-se, ainda, que o julgamento será feito pela respectiva Seção competente para a análise da matéria, e não pela Turma, e caso esta seja de incidência geral, será competente a Corte Especial.

Regulamenta o §7º as possíveis hipóteses de julgamento pelos Tribunais da seguinte maneira:

Publicado o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, os recursos especiais sobrestados na origem:

I - terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça; ou

II - serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça.

Diferentemente da decisão proferida em sede de súmulas vinculantes, ou de repercussão geral, o acórdão da ‘decisão-quadro’³⁷ não possui o caráter vinculante. Caberá ao Tribunal de origem inadmitir o recurso especial que ataque acórdão em consonância com a orientação jurisprudencial firmada pelo STJ, ou mesmo, caso a decisão do Tribunal seja divergente da do STJ, poderão Tribunal originário exercer juízo de retratação deste *decisum*, caso isto não ocorra, será admitido o recurso especial e remetido ao Superior Tribunal de Justiça.

Apesar de o dispositivo não dispor de forma expressa que o §7º, II, do artigo 543-C do CPC aborda a hipótese de juízo de retratação (conforme a regra prevista no §3º do artigo 543-B do CPC), entendendo a doutrina, de forma quase unânime, que a natureza jurídica da decisão seria de retratação, até mesmo pela impossibilidade de ser proferido novo julgamento sobre a causa já decidida.

Nos termos do §8º: “Na hipótese prevista no inciso II do § 7º deste artigo, mantida a decisão divergente pelo tribunal de origem, far-se-á o exame de admissibilidade do recurso especial”.

³⁷ MARTINS, Samir José Caetano., 2008, p. 114-120.

Caso seja mantida a decisão divergente, e uma vez presentes os requisitos de admissibilidade do Recurso Especial, este será, conseqüentemente, admitido e remetido ao Superior Tribunal de Justiça, onde, muito provavelmente, conforme salientou o Ilustre Presidente do Superior Tribunal de Justiça, Ministro Francisco Cesar Asfor Rocha, em entrevista publicada no site da própria Corte: “serão decididos sumariamente pela presidência da Corte Infraconstitucional. Não precisam sequer ser distribuídos para o relator se o tema já tiver um entendimento firmado”³⁸.

O último parágrafo do artigo 543-C do CPC, § 9º, determina que:

O Superior Tribunal de Justiça e os tribunais de segunda instância regulamentarão, no âmbito de suas competências, os procedimentos relativos ao processamento e julgamento do recurso especial nos casos previstos neste artigo.

A regulamentação foi implementada tanto pelo Superior Tribunal de Justiça, Resolução de nº 8 de 2008, como pela Terceira Vice-Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, pelas Resoluções de nº 3 e nº 4 de 2009, as quais serão analisadas singularmente a seguir.

Pela leitura do artigo 2º da Lei 11.672/08, verifica-se que: “Aplica-se o disposto nesta Lei aos recursos já interpostos por ocasião da sua entrada em vigor”.

Em que pese o fato deste dispositivo causar certa estranheza para alguns doutrinadores ³⁹, isto porque disporia de forma diversa à tradicional orientação do STJ no sentido de que as normas de direito processual civil possuem a natureza de norma intertemporal, ou seja, aplica-se ao recurso a lei processual vigente no momento do julgamento da decisão recorrida há quem entenda tratar-se de incidência imediata das leis processuais, “não havendo direito adquirido a formas processuais”⁴⁰.

³⁸ ROCHA, Francisco Cesar Asfor., 2008. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=642&tmp.texto=89794>. Acesso em: 27/08/2009. Entrevista concedida a Fernando Teixeira e Zínia Baeta.

³⁹ ALVIM, José Eduardo Carreira. Op. cit., p. 168-185.

⁴⁰ CARNEIRO, Athos Gusmão., 2008, p. 83-86.

Por fim, o artigo 3º da referida Lei determina a *vacatio legis* da Lei em questão que: “Esta Lei entra em vigor 90 (noventa) dias após a data de sua publicação”, o que restou integralmente observado.

5. A REGULAMENTAÇÃO DA LEI 11.672/2008 NOS TRIBUNAIS

5.1. Comentários à natimorta Resolução de nº 7 de 14/07/2008 do Superior Tribunal de Justiça

Neste tópico serão feitos breves comentários à Resolução nº 07/2008⁴¹, de 14/07/2008, a qual, mesmo antes de iniciar sua aplicabilidade no âmbito do STJ, em virtude de diversas críticas elaboradas por alguns doutrinadores⁴², as quais, ressaltou-se, possuíam absoluta propriedade jurídica, foi revogada pela Resolução nº 08/2008, em 07/08/2008.

Não serão abordados todos os pontos de que tratava a referida resolução, mas apenas os mais salutares, até mesmo pelo fato de que alguns destes foram mantidos pela atual Resolução em vigor.

De acordo com a revogada Resolução, caberia ao Tribunal de Justiça, ou Tribunal Regional Federal, selecionar um, ou alguns, recursos especiais, que representassem a controvérsia de direito, remetendo-os ao STJ para julgamento, suspendendo, pelo prazo de 180 dias, os demais Recursos Repetitivos, sendo certo que esta suspensão poderia ser estendida aos outros processos similares mesmo antes de sua distribuição, alcançando, ainda, os processos em andamento no primeiro grau de jurisdição.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, o Ministro Relator, caso verificasse a existência de processos repetitivos em seu gabinete, poderia selecionar um ou alguns, remetendo-os à julgamento pela Seção, determinando o sobrestamento dos demais

⁴¹ Disponível em: http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/17441/Res_7_2008_PRE.pdf?sequence=1. Acesso em: 23/09/2009.

⁴² POMAR, João Moreno. Op. cit., Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3097. Acesso em 26/08/2009.

repetitivos no âmbito do STJ, comunicando ao Tribunal de origem quanto à referida suspensão para que este assim também procedesse.

O julgamento pelo STJ deveria ocorrer no prazo de 60 dias, e em não sendo respeitado este prazo, os demais recursos, antes sobrestados, prosseguiriam em seu trâmite normal.

Quando o julgamento do recurso piloto ocorresse dentro deste lapso temporal, em sendo coincidente a decisão proferida no Tribunal de segundo grau com a do STJ, os recursos especiais seriam inadmitidos. Caso houvesse qualquer outra questão a ser dirimida além das que restaram decididas no acórdão paradigma, o recurso seria admitido para julgamento pela Corte Infraconstitucional.

Todavia, caso o acórdão recorrido divergisse da orientação firmada pelo STJ, seriam os autos remetidos ao Julgador de segundo grau ao qual competiria reconsiderar a decisão e adequá-la ao entendimento sedimentado pelo Superior Tribunal de Justiça, não cabendo recurso deste *decisum*. Mantida a decisão, seria feito o exame de admissibilidade recursal.

Ainda, os processos suspensos em primeiro grau seriam julgados conforme o artigo 285-A e artigo 518, §1º, ambos do CPC, de acordo com a orientação firmada pelo STJ.

Nos termos acima exposto, salta aos olhos alguns pontos curiosos a respeito da Resolução, como os seguintes: foi previsto prazo para julgamento dos recursos, 60 dias (artigo 6º), bem como prazo para a suspensão dos demais processos com recursos repetitivos, 180 dias (artigo 1º); foi atribuído poder decisório aos Presidentes dos Tribunais no sentido de sobrestar os recursos que sequer haviam sido distribuídos (artigo 1º, §3º); além disto, o julgamento alcançaria os processos no primeiro grau (artigo 4º, §4º); e por fim quanto à irrecorribilidade destas decisões.

Visando combater a ‘morosidade da Justiça’⁴³, pretendeu a Presidência do STJ, à época exercida pelo Ministro Humberto Gomes de Barros, ao elaborar tal norma regulamentar, prever prazos exíguos, os quais dificilmente restariam cumpridos, até mesmo

43

Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3025>. Acesso em: 23/09/2009.

pela natureza dilatória, e não peremptória, destes, eis que não havia previsão de sanção para o caso de seu descumprimento.

Quanto aos demais aspectos suso mencionados, infere-se que a competência regulatória do STJ foi extrapolada, isto porque a Resolução ampliou o alcance da Lei 11.672/08, inclusive, aos processos de primeiro grau que sequer haviam sido distribuídos, pretendendo legislar no que diz respeito à matéria de processo civil, a qual é de competência exclusiva da União Federal, nos termos do artigo 22, I, da CFRB/88⁴⁴.

O novo Ministro Presidente do STJ, talvez percebendo que tais disposições expressas na Resolução n° 07/2008 não seriam bem recebidas, como já não o estavam sendo, pela doutrina e pelos operadores do direito, em virtude dos aspectos polêmicos contidos na mesma, revogou esta Resolução, editando em seu lugar a de n° 08/2008.

5.2. A Resolução de n° 8 de 07/08/2008 do Superior Tribunal de Justiça

A Resolução de n° 08/2008⁴⁵, do STJ, foi editada em 07/08/08, pelo então novo Ministro Presidente da Corte, Cesar Asfor Rocha, às vésperas da entrada em vigor da Lei 11.672/08 (cuja vigência iniciou-se em 08/08/08), regulamentando o procedimento de admissibilidade e julgamento dos Recursos Especiais Repetitivos no âmbito do STJ, com fulcro no disposto no §9° do artigo 543-C, do CPC.

De acordo com a referida Resolução, quando houver multiplicidade de recursos especiais que versem sobre a mesma questão de direito, será selecionado um, ou alguns, dentre estes, pelo Vice-Presidente do Tribunal de Justiça, ou do Tribunal Regional Federal, que representem a questão da forma mais ampla possível, ficando os demais sobrestados aguardando o julgamento do recurso piloto pelo STJ.

A Resolução prevê a possibilidade de serem solicitadas informações aos Tribunais de origem acerca do litígio, autorizando, inclusive, a manifestação de interessados, bem

⁴⁴ CARLIN, Volnei Ivo; MARTINS, Nelson Juliano Schaefer., 2008, Disponível em: <<http://www.amb.com.br/portal/docs/artigos/Artigo%20Des.%20%20processos%20m%C3%BAltiplos%20STJ%20-%20vers%C3%A3o%20modificada%2007-08.doc>>. Acesso em: 23/09/2009.

⁴⁵ Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/17559/Res_8_2008_PRE.pdf?sequence=4>. Acesso em: 23/09/2009.

como a oitiva do Ministério Público, caso seja hipótese de intervenção do membro do *Parquet*.

Após o julgamento pela Seção, ou à Corte Especial caso seja de competência de julgamento de mais de uma Seção, e uma vez publicado o acórdão, os demais recursos, se já distribuídos no STJ, serão julgados pelo Ministro Relator e os que já estiverem aguardando o julgamento no Tribunal de origem, serão julgados por este com base no que determina o artigo 543-C, §7º e §8º da Lei em comento.

Por fim, dispõe a referida Resolução que o mesmo procedimento será aplicado aos Agravos de Instrumento interpostos contra decisões que não admitam o recurso especial.

Percebe-se que a norma regulamentadora em muito se assemelha ao disposto no artigo 543-C, e parágrafos, do CPC, sendo apenas mais específica do que esta no que tange a algumas questões do âmbito interno do STJ, deixando de reproduzir os aspectos polêmicos da Resolução anterior, como com relação à estipulação de prazos de julgamento dos recursos ou aplicação aos processos na primeira instância e aos que sequer haviam sido distribuídos.

Ainda assim, em que pese o fato desta Resolução regulamentar a Lei 11.672/08 de forma muito mais restrita do que a anterior, há ainda alguns doutrinadores que entendem que a mesma infringiria o texto constitucional, no que diz respeito ao artigo 22, I, da CF/88, que prevê a competência privativa da União para legislar sobre direito processual civil.

Para os que compartilham deste entendimento, a Resolução transbordaria o conteúdo normativo regulamentador, criando inovações processuais inexistentes na Lei, quando institui “requisito numérico [...] para fins de seleção dos recursos que serão remetidos ao STJ”, bem como quando estende a aplicação deste procedimento aos “agravos de instrumento interpostos [...] ao passo que a Lei 11.672/08 atine apenas aos recursos especiais em trâmite nos tribunais de origem”⁴⁶.

⁴⁶ MELLO, Rogério Licastro Torres de., 2008, p. 190-195.

Em que peses estas considerações, certo é que a referida Resolução encontra-se em vigor e com plena aplicação pelo STJ nos julgamentos das causas repetitivas, com base na Lei 11.672/08.

5.3. As Resoluções da Terceira Vice-Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

5.3.1. A Resolução de nº 3 de 05/05/2009

No dia 05/05/09, praticamente um ano após a edição da Lei dos Recursos Repetitivos, foi editada a Resolução de número 3 da Terceira Vice-Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro⁴⁷, a qual revogou a anterior Resolução de nº 7 de 2008 do mesmo órgão, dispondo sobre o procedimento relativo ao processamento dos recursos especiais e extraordinários com fundamento em idêntica matéria de direito.

Apesar desta norma regulamentar não apenas o disposto no artigo 543-C, e parágrafos, do CPC, mas também os artigos 543-A e 543-B do CPC, serão abordadas, neste capítulo, apenas as questões atinentes à Lei 11.672/08, objeto deste estudo.

De acordo com a dita Resolução, quando houver multiplicidade de recursos que versem sobre a mesma questão de direito, será admitido e selecionado um, ou alguns recursos representativos, após o que serão remetidos ao Superior Tribunal de Justiça para julgamento, desde que presentes os pressupostos de admissibilidade.

Caso haja recurso repetitivo referente a outro Tribunal de outro Estado, será indicado no sistema de informática o número do recurso e o Tribunal de origem para a consulta dos eventuais interessados, sendo determinado o sobrestamento dos recursos que versem sobre a mesma matéria de direito.

⁴⁷

Disponível em:
<<http://www.tj.rj.gov.br/scripts/weblink.mgw?MGWLPN=DIGITAL1A&PGM=WEBBACLE66&LAB=BIBxWEB&AMB=INTRA&TRIPA=230^2009^3&PAL=&JUR=ESTADUAL&ANOX=2009&TIPO=230&ATO=3&START=>>>. Acesso em: 23/09/2009.

Esta mesma ementa será indicada na decisão que determinar o sobrestamento dos demais recursos repetitivos, até o julgamento do recurso piloto pelo STJ. Cabe ressaltar que será responsável pelo acompanhamento dos recursos pilotos dos demais Tribunais de Justiça dos Estados Federativos a Divisão de Recursos – DIREC - , o que deverá ser feito semanalmente.

Em sendo proferida a decisão pelo STJ acerca da matéria de direito repetitiva, os recursos até então sobrestados serão desarquivados e encaminhados à conclusão, aplicando-se o seguinte: coincidindo o acórdão do TJERJ com o proferido pelo STJ, será negado seguimento ao recurso especial interposto; caso haja divergência, serão os autos remetidos ao órgão julgador para a possibilidade do exercício de retratação.

Nesta hipótese, se for mantida a decisão divergente, serão os autos remetidos à Terceira Vice-Presidência para o juízo de admissibilidade do recurso especial interposto. Em sendo feito o juízo de retratação pela Câmara julgadora, os autos serão remetidos àquele órgão que deixará de admitir o recurso.

O que se verifica pela análise da Resolução é que, na verdade, a mesma não acrescenta muito ao já disposto na Lei 11.672/08, sem esmiuçar como será efetivamente implementado na prática o disposto no artigo 543-C, e parágrafos, do CPC, o que dificulta a compreensão por parte do operador de direito.

Certo é que o artigo 2º da Resolução ora analisada determina as hipóteses que serão levadas em consideração, preferencialmente, no momento de escolha dos recursos paradigmáticos, como: a maior diversidade de fundamentos; a divergência entre os órgãos julgadores do TJERJ; a questão central de mérito quando puder tornar prejudicada a análise de outras questões periféricas argüidas; e a inexistência de recurso constitucional simultâneo que possa retardar o julgamento do recurso piloto.

Ainda assim, em que pese tal disposição, a Resolução não dispõe efetivamente como serão escolhidos os recursos paradigmas, ou como serão prestadas as informações acerca de tais recursos caso o STJ determine o esclarecimento da questão sobre a qual versa a matéria de direito. Ademais, não informa a situação dos recursos especiais posteriormente

interpostos, quando já houver sido feita a escolha do paradigma, isto porque aqueles não terão a oportunidade de serem escolhidos, ou ao menos ter a sua tese apreciada.

Mais uma vez, não foram preenchidos todos os campos de dúvida deixados pela Lei e pela Resolução do Superior Tribunal de Justiça, sendo elaborada regulamentação que não logrou esclarecer, de fato, algumas questões relevantes como as acima apontadas.

5.3.2. A Resolução de nº 4 de 23/07/2009

No que tange à Resolução de nº 04⁴⁸ de 23/07/2009, esta também regula o processamento de recursos especiais e extraordinários quanto à disponibilização das Teses nestes veiculadas no que diz respeito à aplicação dos artigos 543-B e artigo 543-C do CPC.

Dispõe que, uma vez feita a seleção do recurso, será indicado no sistema o número do paradigma, assim como será elaborada lista específica das matérias, sendo cada uma destas identificadas, constando, ainda, a ementa com a Tese regional dos recursos.

Estas Teses deverão ser atualizadas mensalmente, nos termos do que dispõe esta Resolução, assim como consta no Aviso nº 01, de 03/08/2009, da Terceira Vice-Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.⁴⁹

Tal listagem será alterada para a inclusão, ou exclusão, das Teses por discricionariedade do órgão em questão, nas seguintes hipóteses: quando houver afetação ou desafetação dos recursos paradigmas pelo STJ; quando forem julgados, pelo STJ, os recursos selecionados pelo TJERJ, sem que sejam submetidos ao regime dos recursos repetitivos; caso surja nova tese repetitiva; ou se não restarem recursos que justifiquem a manutenção da tese.

Quanto à substituição ou inclusão dos recursos paradigmas, esta será feita na hipótese de afetação ou desafetação dos recursos paradigmas pelo STJ; ou pelo julgamento

⁴⁸

Disponível

em:

<<http://www.tj.rj.gov.br/scripts/weblink.mgw?MGWLPN=DIGITAL1A&PGM=WEBBACLE66&LAB=BIBxWEB&PORTAL=1&AMB=INTER&SUMULAxTJ=&TRIPA=230^2009^4&PAL=&JUR=ESTADUAL&ANOX=2009&TIPO=230&ATO=4&START=>>>. Acesso em: 01/10/2009.

⁴⁹ Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/institucional/vice_pres/3vice_pres/aviso_01_2009.jsp>. Acesso em: 24/09/2009.

do recurso pela Terceira Vice-Presidência sem que seja aplicado o regime dos repetitivos; ou mesmo por conveniência do referido órgão.

Esta decisão será publicada no Diário Oficial apenas com a menção à Tese Jurídica versada e ao recurso representativo, o que posteriormente será lançado no sistema quando da atualização da referida lista.

Ressalte-se que as Teses Jurídicas já se encontram disponíveis para consulta no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro⁵⁰, sendo certo que, até a data de encerramento deste estudo (17/11/2009), encontravam-se atualizadas até a data de 10/11/2009.

Analisando a referida lista, não é possível entender a organização da mesma não apenas por sua péssima estrutura, disposta em tabela mal formulada, a qual utiliza diversos códigos próprios dos operadores do sistema do Tribunal de Justiça, sem que haja qualquer índice explicativo quanto a estes, indicando apenas o número do recurso especial no Superior Tribunal de Justiça, o qual, por presunção, entendemos ser o paradigma escolhido.

Há também ementas formuladas sobre cada matéria de direito repetitiva, das quais não é possível obter a explicação necessária quanto à tese jurídica, isto porque a simples leitura do breve resumo feito pelo Tribunal não é suficiente para a compreensão do tema nela versado, detalhe este de tamanha relevância pela abrangência do julgamento que afetará diversos processos aos quais a decisão será imposta.

A título de exemplo, transcrevemos a seguinte ementa constante na lista das Teses, referente ao REsp número 1.086.935/SP, julgado em 24/11/08: “Administrativo. Repetição de Indébito. Contribuição previdenciária. Natureza tributária. Índice e termo inicial dos juros moratórios. Servidor público inativo”.

Como se verifica, não é possível entender, pela leitura da ementa acima transcrita, a matéria de direito versada, os argumentos levantados pelas partes, a abrangência do julgado, e o resultado propriamente dito.

⁵⁰ Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/institucional/vice_pres/3vice_pres/teses/teses_stj.pdf>. Acesso em: 24/09/2009.

Tal pode ser afirmado tendo em vista o teor do julgado⁵¹, segundo o qual, nos termos do artigo 167 do CTN e do entendimento sumulado pelo verbete número 188 do STJ, os juros moratórios, na repetição do indébito, são devidos a partir do trânsito em julgado da sentença, o que é aplicável às contribuições previdenciárias que possuem natureza tributária.

As informações mais importantes quanto ao referido julgado não constam na referida ementa, a qual deveria informar a matéria julgada e o que restou decidido no julgamento, de forma resumida, o que não ocorreu. Diante disto, na medida em que as demais ementas elaboradas na lista das Teses também não explicitam da melhor forma o julgado, é possível afirmar que são inócuas.

Ainda no que diz respeito à referida lista, consta apenas a informação de que o recurso foi desafetado, ou não afetado, ou que já foi julgado, indicando a data deste julgamento, ou que foi julgado por decisão monocrática, ou, ainda, com os efeitos do §7º do artigo 543-C do CPC, sem indicar com base em qual dos dois incisos deste parágrafo foi proferido o julgamento, ou quanto à suspensão do processo por existir recurso que verse sobre a mesma controvérsia já selecionado pelo Ministro Relator da Corte.

Ou seja, não se verifica, na lista mencionada, nenhuma explicação quanto ao resultado obtido no julgamento do recurso pelo Superior Tribunal de Justiça, na hipótese em que este tenha ocorrido, ou mesmo se já se operou o trânsito em julgado do respectivo recurso, para que as partes dos demais processos saibam desde logo se o referido *decisum* já poderá ser aplicado pelo Tribunal de Justiça aos demais processos sobrestados⁵² nos termos da Lei 11.672/08.

Conclui-se, portanto, ser inócua a referida lista, isto porque não se presta a nenhum esclarecimento quanto ao julgamento dos recursos piloto, sendo necessário, portanto, que os eventuais interessados em obter informações acerca do andamento dos recursos

51

Disponível

em:

<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=837983&sReg=200802080821&sData=20081124&formato=HTML>. Acesso em: 26/10/2009.

⁵² Para que se tenha uma visualização mais cristalina da crítica que aqui se faz, encontram-se anexas as Teses Jurídicas publicadas no site do TJERJ, atualizadas até a data de 17/11/2009.

repetitivos selecionados para julgamento, acessem ao site do Superior Tribunal de Justiça⁵³, que melhor explicita as matérias já submetidas à Corte para julgamento, bem como quais dentre estas já foram julgadas, com instrumentos de pesquisa e consulta mais fáceis de serem manejados e muito mais elucidativos.

Importante frisar que não foi encontrada, até a elaboração do presente Capítulo⁵⁴, nenhuma tese, artigo jurídico, livro, capítulo, ou qualquer outra fonte doutrinária comentando a respeito das referidas Resoluções, bem como a respeito da lista das Teses Jurídicas disponibilizadas pelo TJERJ, talvez pelo fato de ser tais Resoluções recentes, de maio e julho, respectivamente, do corrente ano de 2009, motivo pelo o qual são trazidas a lume apenas estas considerações acerca dos textos normativos e da referida lista.

6. VISÃO CRÍTICA DA LEI 11.672/08 COM BASE NOS PRINCÍPIOS NORTEADORES DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Não são poucas as possíveis críticas a serem formuladas quanto à Lei 11.672/08, Lei dos Recursos Repetitivos, não apenas pelas dúvidas deixadas pela ausência de disposição completa e detalhada sobre todas as questões que se afiguravam relevantes para a sua implementação no plano da eficácia jurídica, mas principalmente pela afronta a princípios basilares do Direito Processual Civil, perspectiva esta referente ao plano da constitucionalidade.

Para melhor elucidar o exame da Lei em comento, a análise será feita em tópicos para que se obtenha uma melhor perspectiva cognitiva sobre as questões problema que serão levantadas neste capítulo.

⁵³ Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Repetitivo>>. Acesso em: 14/10/2009.

⁵⁴ Encerramento do Capítulo 5 em: 27/10/2009.

6.1. Da ausência de precisão técnica na redação legal

Antes mesmo de iniciar o extenso manejo crítico à Lei objeto de análise do presente estudo, importa ressaltar que sua redação legal não prima pela precisão técnica no emprego de expressões em seu texto, possuindo, portanto, diversas impropriedades empregadas como, por exemplo, “suspensão dos demais recursos”, quando na verdade são os processos que são suspensos e não os recursos; ou “pronunciamento definitivo” do STJ, que nada mais é que o acórdão proferido por este, não sendo esta a expressão apropriada, eis que seriam diversos acórdãos no mesmo sentido e não apenas um; ou ainda a expressão “tribunais de segunda instância”, que não é mais utilizada.

Estas, bem com as várias outras expressões, foram mal empregadas quando da elaboração do texto da *lex*⁵⁵, o que evidencia a despreocupação do legislador com o rigor técnico, contrastada com o frenesi na rapidez da aprovação e entrada em vigor da mesma.

6.2. Da omissão quanto aos critérios de escolha do paradigma

A primeira lacuna deixada pela Lei consiste no fato de que a mesma dispõe no sentido de que competirá ao Tribunal de Origem, quando diante de causas repetitivas, após o exame de admissibilidade, selecionar um ou mais recursos representativos da idêntica questão de direito, enviando-os, em seguida, ao Superior Tribunal de Justiça para julgamento, sem, entretanto, especificar como será feita tal escolha.

Muito embora o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro tenha regulamentado a questão em sua Resolução de nº 3/2009, artigo 2º, não dispôs efetivamente como será procedida esta escolha, como esta será fiscalizada, ou mesmo se todos os litigantes terão acesso à decisão seletiva.

Este fato constitui de salutar importância, eis que somente um, ou alguns, recursos subirão ao STJ para serem apreciados e julgados, sendo certo que a decisão proferida nestes será aplicada aos demais processos sobrestados, os quais não terão a oportunidade de

⁵⁵ALVIM, José Eduardo Carreira. Op. cit., p. 168-185.

apreciação de seus fundamentos pela Corte Infraconstitucional, ainda que estes sejam similares aos do paradigma.

Frise-se que, mesmo após todo o trabalho do advogado em elaborar a peça recursal, fundamentando na melhor forma de direito em prol dos interesses de seu cliente, este não terá seu recurso representado no Tribunal Superior pelos argumentos ventilados em sua petição, mas pelos de outrem, cujo recurso e fundamentos desconhece, consistindo em absurda negativa aos princípios do Contraditório e da Ampla Defesa.

Portanto, necessária se faz a transparência e divulgação do ato de escolha, com os fundamentos aduzidos, para que não sejam praticados atos discricionários pelo Tribunal de Origem, sendo imperiosa a fiscalização destas decisões, o que não ocorre atualmente, eis que são apenas publicadas as Teses jurídicas veiculadas nos processos, bem como os números dos recursos sobrestados, deixando à deriva as partes recorrentes e seus procuradores, aos quais somente resta aguardar o julgamento do recurso piloto.

Quanto à escolha procedida no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, esta será feita sem que haja propriamente uma seleção entre os recursos interpostos, isto porque o Ministro Relator determinará a suspensão dos demais processos similares quando verificar que existe jurisprudência dominante ou que a matéria está afeta ao Colegiado.

Nesta hipótese, a violação é ainda mais gritante, pois sequer serão analisadas todas as teses recursais para que uma, ou mais, dentre estas sejam escolhidas para representar as demais no julgamento, sendo desde logo determinado o processamento pelo regime da Lei dos Recursos Repetitivos, nos termos do que versa o §2º do artigo 543-C do Código de Processo Civil.

6.3. Do contra-senso em aplicar a decisão do paradigma aos recursos posteriores

Partindo-se do pressuposto de que todos os recursos repetitivos interpostos tenham sido lidos e analisados pelo Tribunal Originário, sendo apenas alguns destes selecionados, ainda assim, há de se atentar para o fato de que as decisões quadro proferidas nos recursos

pinçados têm sido aplicadas não apenas aos recursos protocolados à época da escolha, os quais, muito embora não tenham sido eleitos, tiveram, ao menos em tese, as suas razões apreciadas, mas também aos demais recursos repetitivos interpostos posteriormente ao ato de escolha do paradigma.

Como poderia ser aplicada a estes recursos especiais interpostos posteriormente, aos quais não foi oportunizada a apreciação da tese neles veiculada, e nem mesmo eventual participação e manifestação como interessado no julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça, a decisão proferida no recurso representativo anterior?

Certamente que não restaram analisados os argumentos veiculados no recurso interposto posteriormente ao ato de escolha com o recurso selecionado, não havendo certeza quanto a similitude e abrangência das alegações.

É inaceitável a justaposição desta decisão aos recursos posteriores, pois tal constitui verdadeira anulação do direito de recorrer das partes, sendo esta prática odiosa implementada sem que haja, sequer, fundamento legal para tanto.

Isto porque a Lei 11.672/08 não dispõe a respeito desta hipótese, referindo-se apenas que a decisão será aplicada aos demais recursos sobrestados, assim como a Resolução de nº 08/2008 apenas dispõe quanto a esta questão bem como no que diz respeito aos processos já distribuídos, ou ainda não distribuídos, que já tenham sido remetidos à Corte antes da decisão de sobrestamento.

6.4. A omissão legal quanto à recorribilidade da decisão de sobrestamento

Também silenciou a Lei quanto a possibilidade da recorribilidade da decisão de suspensão processual, seja atacando a decisão de sobrestamento, seja em qualquer outra na qual o recorrente tenha sido prejudicado pela suspensão de seu processo, por este não ter sido escolhido para representar os demais, por entender que a matéria versada neste não constitui repetitiva ou mesmo por qualquer outro fundamento pertinente à suspensão.

Não se pode admitir que as partes nestes recursos sejam forçadas a aguardar o julgamento do paradigma para somente então apresentar as razões de seu inconformismo

quanto à suspensão, informando que a decisão quadro não seria aplicável ao caso em questão.

Hão de ser reconhecidas as possibilidades de ser interposto recurso das decisões que suspendam o processo, como Agravo de Instrumento⁵⁶, eis que não constitui decisão de mérito, mas sim interlocutória, ou mesmo seja proposta ação cautelar inominada com pedido de liminar, ante a urgência de retirar o processo da suspensão sem que tenha que aguardar o julgamento final, a impetração de mandado de segurança ou mesmo mera petição atravessada nos autos informando o equívoco quanto à suspensão, contra decisão que impeça o imediato conhecimento e julgamento do recurso especial⁵⁷.

Não há qualquer regulamentação neste sentido na Lei ou nas Resoluções, nem mesmo nenhum projeto de Lei visando suprimir mais esta lacuna.

6.5. Da discricionariedade quanto à requisição de informações e à manifestação do *amicus curiae*

Dispõe a Lei que o Ministro Relator poderá requisitar informações aos Tribunais Federais ou Estaduais quanto à controvérsia, ou seja, não é obrigado a fazer este pedido, sendo mera faculdade, não vendo alguns doutrinadores⁵⁸ muita utilidade neste pedido, até mesmo pela ausência de explicação na própria Lei a respeito do que deveriam os Tribunais informar, já que o julgamento competirá ao próprio Superior Tribunal de Justiça, independente do que restou decidido pelas instâncias anteriores.

No que pertine à possibilidade de intervenção do *amicus curiae*, em que pese a boa intenção do legislador, na medida em que instituiu a manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse no deslinde da causa, permitiu que todos os recorrentes cujos processos estejam sobrestados, verdadeiros interessados, também participem apresentando suas respectivas manifestações.

⁵⁶ LEITE, Gisele Pereira Jorge., 2008, Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5315>. Acesso em: 08/10/2009;

⁵⁷ VASCONCELOS, Rita de Cássia Correia de; WAMBIER, Luiz Rodrigues, 2008, p. 28-49.

⁵⁸ ALVIM, José Eduardo Carreira. Op. cit., p. 168-185.

Como se verifica, uma vez que a decisão será aplicada em massa pelos Tribunais Nacionais, pode-se concluir que serão muitos os recorrentes que terão seus processos suspensos, e que caso alguns destes manifestem interesse em participar da decisão no âmbito da Corte Infraconstitucional, isto retardaria, ainda mais, o julgamento do recurso repetitivo.

Diante disto, uma vez que constitui mera possibilidade, e não obrigatoriedade, a critério do Ministro Relator, é de se esperar que não seja admitida a manifestação no julgamento dos casos concretos, evitando-se verdadeiro tumulto processual⁵⁹.

Para melhor ilustrar este entendimento quanto à hipótese, que entendemos ser remota, de manifestação de interessados quando do julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça, realizamos pesquisa no site desta Corte para analisar os acórdãos já proferidos com base na Lei 11.672/08, para saber como estaria ocorrendo o julgamento dos recursos repetitivos, sendo constatado o seguinte:

Dos quase 79 recursos já julgados no âmbito do Superior Tribunal de Justiça com processamento pelo regime previsto na Lei 11.672/08, isto porque 5 dentre estes tiveram sua afetação cancelada, havia no relatório dos acórdãos referência expressa, ou mesmo implícita, à participação de interessados como *amicus curiae* em apenas 16⁶⁰ destes recursos⁶¹.

Dentre estes recursos, algumas manifestações foram feitas espontaneamente pelos interessados, outras somente após notificação dos interessados pelo Superior Tribunal de Justiça. De qualquer forma, infere-se que não tem ocorrido, em todos os julgamentos dos recursos repetitivos, a manifestação dos interessados, conforme antevisto, mas apenas em alguns talvez para que sejam mantidas as aparências de cumprimento do disposto na norma.

Importante constitui que as informações acima, quanto aos recursos nos quais houve a manifestação de interessados, foram obtidas pela leitura dos acórdãos já julgados à época

⁵⁹ MARTINS, Samir José Caetano. Op cit., p. 114-120.

⁶⁰ As manifestações ocorreram no julgamento dos seguintes Recursos Especiais: 1.111.202/SP; 1.111.189/SP; 1.110.551/SP; 1.092.154/RS; 1.086.944/SP; 1.074.799/MG; 1.062.336/RS; 1.061.530/RS; 1.061.134/RS; 1.033.241/RS; 999.901/RS; 960.476/SC; 871.760/BA; 1.067.237/SP; 1.070.252/SP; e 1.070.297/PR.

⁶¹ Ressalte-se que a presente pesquisa foi realizada com base nos julgamentos proferidos e publicados no site do Superior Tribunal de Justiça (Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Repetitivo/>>) até a data de 17/11/2009.

do fechamento da pesquisa e da conclusão deste estudo⁶², eis que não há notícia oficial, seja no próprio site do Tribunal, seja em outro sítio eletrônico, ou em revista jurídica, livro, etc, quanto à abertura para a participação de *amicus curiae* nos recursos já julgados por este regime, ou de como foram prestadas informações pelos Tribunais originários, e se efetivamente o foram.

Repise-se que até o presente momento foram apenas disponibilizadas, pelo próprio Superior Tribunal de Justiça em seu sítio eletrônico, notícias no que tange a dados numéricos⁶³, ou quanto à relevante quantidade de recursos já julgados por este regime, ou ainda quanto às matérias abarcadas pelos julgamentos, como verdadeira fábrica de decisões em massa, o que constituiria em atividade próspera caso estivéssemos nos referindo à Sociedade Empresária e não à mais alta Corte Infraconstitucional competente para o julgamento de recursos especiais que devem observar preceitos constitucionais básicos.

6.6. Das lacunas deixadas quanto à prioridade de tramitação e determinação da suspensão dos processos repetitivos nos demais Tribunais nacionais

A Lei previu prioridade no julgamento dos recursos repetitivos sobre os demais recursos ou ações em trâmite no Superior Tribunal de Justiça, salvo em face dos recursos referentes a réu preso e dos pedidos de *habeas corpus*. Esqueceu-se, todavia, o legislador, das demais preferências previstas em Lei, inclusive, com determinação de julgamento preferencial ao de *habeas corpus*, como o mandado de segurança, *habeas data*, processos de falência, estatuto do idoso, entre outros, restando, portanto, a dúvida de como será na prática implementada a dita preferência.

Além desta lacuna, a Lei dispôs no sentido de que, quando houver a determinação do julgamento de recurso representativo com fundamento em idêntica questão de direito proveniente de determinado Tribunal de Justiça de Estado da Federação, ou de Tribunal Regional Federal de certa Região, uma vez que o STJ constitui Corte Infraconstitucional

⁶² Data de conclusão: 17/11/2009.

⁶³ São exemplo as seguintes notícias retiradas do site do STJ: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=92627>; <http://ns1.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.estilo=0&tmp.area=398&tmp.texto=93028>; <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=94064> .

Nacional, poderá o Ministro Relator comunicar aos demais Tribunais da Federação para que estes determinem a suspensão dos processos nos quais tenham sido interpostos recursos especiais repetitivos⁶⁴, visto que o precedente paradigmático a ser firmado será aplicável a todos em âmbito nacional.

Impende salientar, ainda, que este fator agrava ainda mais a situação dos demais recorrentes que não terão seus fundamentos sequer apreciados no momento da escolha do recurso líder, sendo representados por recursos originários de outro Estado, ou Região, aos quais não terão acesso para verificar as teses sustentadas nos mesmos.

Mais uma vez a Lei foi omissa, no que diz respeito a este aspecto, o que evidencia sua fragilidade bem como a despreocupação do legislador com a suposta celeridade recursal a ser instituída pela Lei dos Recursos Repetitivos, que mais serviu de pano de fundo para que fosse implementado este filtro recursal⁶⁵ no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, diminuindo, por conseguinte, a quantidade de recursos tramitando, para posterior julgamento, pela Corte Infraconstitucional.

6.7. Da ausência de esclarecimento quanto à intervenção do Ministério Público

Outra impropriedade da Lei é evidente quando esta dispõe sobre a manifestação do membro do *Parquet*, sem esclarecer que a mesma somente ocorrerá nas hipóteses previstas em lei como necessárias, isto porque não seria razoável que a referida norma criasse nova forma de intervenção Ministerial na qual não houvesse interesse jurídico que a legitimasse, retardando ainda mais o julgamento da lide e desvirtuando-se do propósito legal da razoável duração do processo.

Certo é que a Lei 11.672/08 poderia disciplinar esta questão com melhor contorno caso fosse bem formulada, sem a pressa em sua aprovação pelo Poder Legislativo, já analisada anteriormente, evitando dúvidas e controvérsias a respeito da obrigatoriedade ou

⁶⁴ MARTINS, Samir José Caetano. Op cit., p. 114-120.

⁶⁵ LEITE, Gisele Pereira Jorge. Op. cit., Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5315>. Acesso em: 08/10/2009.

não da intervenção do Ministério Público⁶⁶, por se tratar de julgamento cuja decisão refletirá em diversos outros processos.

Importante que seja esclarecido que na pesquisa e análise das decisões proferidas nos recursos repetitivos já julgados com a aplicação da Lei 11.672/08, acima comentada, em todos os 74 acórdãos⁶⁷ referentes aos recursos já julgados houve a manifestação do membro do Ministério Público, tanto no sentido do não conhecimento do recurso, do improvimento ou mesmo pelo provimento.

Tal fato leva à conclusão de que a Lei pretendeu, de fato, criar mais este tipo de intervenção do *Parquet* com obrigatória, ou, ao menos, esta tem sido a interpretação do STJ quanto à *mens legis*.

6.8. Da impropriedade da aplicação imediata aos recursos já interpostos

Consta, também, previsão expressa na *lex* em comento no sentido de que, mesmo aos recursos especiais já interpostos quando de sua entrada em vigor, este procedimento de julgamento de recursos especiais seria aplicável.

Esta disposição legal cingiu a doutrina por sua peculiar estranheza, eis que contraria o próprio entendimento consolidado pela Corte Infraconstitucional, no sentido de que as leis processuais civis aplicáveis seriam as vigentes ao tempo da sessão de julgamento.

Diante disto, o artigo 2º da Lei 11.672/08 criou esta controvérsia doutrinária a qual não restou solucionada, muito embora a Lei esteja sendo aplicada nos termos do artigo suso mencionado, ou seja, a todos os processos.

6.9. Da ausência de regulação quanto ao trânsito em julgado do recurso piloto

Não disciplinou a Lei dos Recursos Repetitivos o fato de que a decisão proferida no recurso piloto selecionado poderia não ser definitiva, pela possibilidade de serem opostos

⁶⁶ NOGUEIRA, Daniel Moura., 2008, p. 235-244.

⁶⁷ Isto porque, conforme já restou salientado anteriormente, dos 79 recursos já julgados até o término da pesquisa (17/11/2009), 5 destes tiveram a sua afetação cancelada.

embargos de declaração, embargos de divergência, ou mesmo recurso extraordinário, sendo certo, ainda, que nenhum ato poderá ser praticado no processo antes do trânsito em julgado, muito embora o recurso especial não possua efeito suspensivo.

Também não previu a possibilidade de ser interposta Ação Rescisória em virtude da mudança do posicionamento da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça com relação a recurso paradigma, ressalvados os casos em que tiver ocorrido a decadência do direito de intentar esta ação⁶⁸.

Esta análise possui tamanha relevância em razão do delicado aspecto da instabilidade jurisprudencial dos Tribunais Superiores⁶⁹, e em especial da Corte Infraconstitucional, a qual é integrada por 33 Ministros, os quais possuem suas respectivas posições doutrinárias, composição esta que é modificada constantemente na medida em que novos Ministros são nomeados de acordo com as necessidades de preenchimento das vagas, sendo, da mesma forma, modificado o entendimento desta Corte.

Repise-se que são mais de 20 anos de existência do Superior Tribunal de Justiça, durante os quais pode-se afirmar que cerca de 50 Ministros já ocuparam uma das cadeiras existentes e, inobstante a divisão institucional determinada pelo Regimento Interno da Corte, organização esta feita pelo critério de especialização, com três Seções de julgamento, cada uma destas composta por duas Turmas, acima das quais há a Corte Especial, órgão máximo da Corte, ainda assim, subsiste a divergência jurisprudencial entre as Turmas ou Seções, ou mesmo dentro destas.

Quanto à possibilidade de ser interposto recurso constitucional dirigido ao Supremo Tribunal Federal atacando a decisão do STJ, resta a dúvida se somente a parte no processo teste poderia interpor o recurso, ou se os demais recorrentes que tiveram seus recursos sobrestados também poderiam fazê-lo, ou, ainda, se estes, na qualidade de terceiros prejudicados, poderiam recorrer, sendo importante atentar para a diferença no resultado obtido em cada uma destas hipóteses.

⁶⁸ ALVIM, José Eduardo Carreira. Op. cit., p. 168-185.

⁶⁹ ANDRADE, Fábio Martins de., 2008.

6.10. Da violação aos Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa, corolários do Devido Processo Legal

Cristalina, diante de todo o exposto, a péssima redação legal, que deixou diversas lacunas abertas, gerando divergência doutrinária quanto à sua interpretação, bem como a violação a diversos Princípios do Direito Processual Civil, em especial aos Princípios da Ampla Defesa e do Contraditório, corolários do Devido Processo Legal, previsto na Carta Constitucional, artigo 5º, LIV e LV.

Tal pode ser afirmado tendo em vista que não mais poderão os litigantes manifestar-se quanto a todas as questões atinentes ao processo, eis que foi estabelecido o julgamento por amostragem, no qual apenas as questões de direito repetitivas estão sendo apreciadas pelo Superior Tribunal de Justiça, e não mais cada recurso individualmente com os respectivos argumentos, sendo certo que após a deliberação da matéria é proferida decisão que consolida o entendimento da Corte, *decisum* o qual será aplicado aos demais recursos referentes a mesma matéria.

Julga-se a matéria de direito, e não mais o recurso, o que afronta diretamente a Constituição Federal de 1988 que assegura o Contraditório e a Ampla Defesa aos litigantes seja em processo judicial, seja em procedimento administrativo, e aos acusados em geral, garantindo a capacidade das partes de influir no julgamento da causa pela consideração dos argumentos por elas justapostos.

Ou seja, no recurso especial, previsto pela legislação infraconstitucional, as partes que sofrerão os efeitos da aplicação da decisão deveriam ter a possibilidade de se manifestar, e de serem ouvidas quanto aos seus argumentos, de forma individual, eis que não há processos idênticos, em apreciação integral, e de forma fundamentada, pelo Julgador competente ao qual foi dirigida a pretensão.

Este direito é garantia fundamental assegurado pela Constituição Federal de 1988, não podendo ser afastado sob pena de nulidade absoluta. Ainda que o devido processo legal não seja direito absoluto prevalente sobre todo e qualquer princípio, é possível afirmar que, com relação ao princípio da razoável duração do processo, no qual se baseia a Lei visando

implementar a celeridade na tramitação dos processos, aquele princípio há de predominar sobre este, isto porque constitui um superprincípio, no qual os demais se sustentam.

Neste sentido, o brilhante Mestre Humberto Theodoro Júnior assim lecionou em sua obra *Curso de Direito Processual Civil*:

Nesse âmbito, o *due process of law* realiza, entre outras, a função de um superprincípio, coordenando e delimitando todos os demais princípios que informam tanto o processo como o procedimento. Inspira e torna realizável a proporcionalidade e razoabilidade que deve prevalecer na vigência e harmonização de todos os princípios do direito processual de nosso tempo.⁷⁰

Há, portanto, verdadeira mitigação do princípio do Devido Processo Legal, dando-se prevalência ao Princípio da Celeridade processual, que apesar de tão almejado pelos litigantes, e mais ainda pelo Julgador impaciente, não possui mais *valia* que os demais princípios. Ainda assim, entendemos que este Princípio nem mesmo constitui o verdadeiro propósito da Lei, vez que esta é mais uma tentativa desesperada de diminuir a quantidade de processos em trâmite no âmbito do STJ.

6.11. Da infringência aos Princípios do Livre Convencimento do Juiz e do Duplo Grau de Jurisdição

Não se pode olvidar, da mesma forma, a transgressão ao Princípio do Livre Convencimento, ou da Persuasão Racional do Juiz, segundo o qual cabe ao Magistrado a avaliação dos elementos processuais de acordo com sua própria convicção, a qual não está adstrito sequer do laudo pericial, elaborado por *expert* no assunto, podendo o Julgador decidir com base em outros fatos provados nos autos, e de forma fundamentada (artigos 131 e 436 do Código de Processo Civil).

Todavia, uma vez proferida decisão uniforme pelo STJ, em que pese o fato de não ser a mesma vinculante, caso seja divergente da proferida pelo órgão Julgador Originário, e

⁷⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto., 2002, p. 23.

não sendo feito juízo de retratação, será o recurso especial admitido e remetido para julgamento no STJ onde, muito provavelmente, será aplicado o entendimento firmado nos moldes do §1º-A, do artigo 557 do Código de Processo Civil, pela própria Presidência do Tribunal, sem que haja sequer distribuição do recurso.

Institui-se, por via obliqua, verdadeira vinculação nas decisões, o que somente foi permitido ao STF de forma direta, com fundamento na Carta Magna, anulando qualquer a autonomia dos magistrados em decidir de forma diversa da decisão proferida em sede de recursos repetitivos pelo STJ.

Apesar disto, há doutrinadores, como o Ilustre Mestre Luiz Guilherme Marinoni⁷¹, que defendem a força vinculante das decisões, as quais não feririam o Princípio da Livre Convicção, isto porque esta vinculação incidiria apenas quanto à interpretação do direito, e não dos fatos, afirmando, ainda, que os juízes que decidem de forma diversa do entendimento firmado pelos Tribunais Superiores atuam de forma descompromissada com o Poder Judiciário.

Em que pese o brilhantismo do Doutrinador acima mencionado, com a devida *venia*, entendemos de forma diversa. Na verdade, caso houvesse a obrigatoriedade da aplicação do entendimento das Cortes Superiores, em todo e qualquer caso, sem que houvesse a possibilidade de divergência, inicialmente seria necessária previsão legal; além disto, não mais precisaríamos de um Poder Legislativo para criar as Leis, eis que bastaria a aplicação, pelos juízes, do entendimento consagrado por aquelas Cortes; por fim, a própria figura do julgador de primeiro grau seria dispensável, a médio prazo, uma vez que este seria mero aplicador de decisões, função esta que poderia muito bem ser exercida por um técnico, ou mesmo por uma máquina.

Além disto, caso não pudesse o magistrado julgar, e aplicar esta convicção, de forma diversa dos demais Tribunais Superiores, como poderiam ser alterados os entendimentos destas Cortes de acordo com as necessidades da sociedade? A própria mutação constitucional é exemplo do que estamos tentando demonstrar.

⁷¹

MARINONI, Luiz Guilherme., 2007, p. 11-19.

Neste sentido o saudoso Doutrinador Alfredo Buzaid⁷² entendia que os precedentes judiciais, ainda que fossem prestigiados, não teriam o condão de obrigar aos juízes em suas decisões, os quais permaneceriam livres e independentes de qualquer subserviência hierárquica superior.

Conclui-se que há verdadeiro engessamento da Livre Convicção dos magistrados, a qual constitui forma de coerção moral, ainda que indireta, para que estes, principalmente os alocados nas Câmaras ou Turmas Recursais, ou apliquem no acórdão, ou decisão, o entendimento sedimentado na Corte Infraconstitucional, ou então exerçam a reconsideração de sua decisão, mesmo que não estejam convencidos dos fundamentos expressos no *decisum* paradigmático, para que as partes não sofram prejuízo pela demora no julgamento cujo resultado já se tem previsão.

O Princípio do Duplo Grau de Jurisdição também é violado pelo disposto na Lei em comento, como consequência da infração do princípio do Livre Convencimento, isto porque, conforme já restou salientado, os magistrados alocados nas Câmaras ou Turmas Julgadoras certamente, a médio prazo, aplicarão a decisão proferida na causa piloto, seja em juízo de retratação, seja propriamente ao julgar o processo, ainda que não concordem com as razões expressas naquele julgamento, pois, ao final, tal entendimento será imposto pelo STJ, quando houver recurso especial da decisão divergente.

Configuraria, portanto, dispêndio ineficaz dos Tribunais a insistência em aplicar aos processos, nos quais for cabível a interposição de recurso especial que verse sobre a mesma questão de direito, entendimento diverso do sedimentado pela Corte Infraconstitucional.

Por outro lado, tal forma de proceder constitui propriamente círculo vicioso, que não mais permite a dualidade de instâncias, pois estes Julgadores da esfera recursal limitar-se-ão a aplicar sistematicamente o entendimento sufragado pela Corte Infraconstitucional, mitigando, desta forma, o princípio do Duplo Grau de Jurisdição.

Apesar de ser previsto na constituição, a nosso entender, ainda que de forma implícita, nos incisos XXXV, LIV e LV, do artigo 5º, e no artigo 92, I a VII, ambos da

⁷² BUZOID, Alfredo. Uniformização da Jurisprudência. *Ajuris*, 34, cit. p. 211. In: TUCCI, José Rogério Cruz e., 2004.

Constituição Federal, alguns doutrinadores⁷³ consideram ser o Duplo Grau de Jurisdição princípio facultativo e relativo, alegando não ocorrer qualquer violação pela aplicação de decisões vinculantes.

De qualquer forma, indiscutível é o fato de que sua previsão encontra respaldo na Constituição Federal, norma suprema que impõe sejam respeitados os direitos e garantias fundamentais nela previstos pelas demais normas infraconstitucionais, que não poderão ser violados por nenhuma lei infraconstitucional.

6.12. Da transgressão ao Princípio da Recorribilidade das Decisões e da afronta ao Direito de Acesso à Justiça e ao Estado Democrático de Direito

Da mesma forma, o Princípio da Recorribilidade das Decisões, atrelado ao anteriormente mencionado, resta violado tendo em vista que, apesar de o Código de Processo Civil possuir previsão expressa quanto à recorribilidade das decisões judiciais, especificamente na hipótese versada na Lei quanto à interposição de recurso especial desde que presentes os pressupostos legais, a criação do filtro recursal para os recursos repetitivos impedirá o conhecimento destes quando o entendimento da matéria já estiver consolidado.

Ainda assim, há quem sustente que a Lei 11.672/08 seria uma grande evolução processual no sentido de mitigar a Teoria da Recorribilidade Plena, permitindo a aplicação da Teoria da Prevalência das Instâncias Ordinárias no Julgamento Pleno da Causa, isto porque não há nenhuma garantia de que a instância especial aplique de uma melhor forma o direito ao caso, dando às decisões proferidas pelas instâncias ordinárias prestígio.⁷⁴

Alega-se, ainda, que o objetivo da Lei *sub examine* seria tornar mais eficiente a entrega da prestação jurisdicional, em prazo razoável, otimizando os trabalhos do Superior Tribunal de Justiça, e melhorando a qualidade das decisões da Corte unificadora de

⁷³ SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de., 2008, p. 115-141.

⁷⁴ CAVALCANTE, Mantovanni Colares. Op. cit., p. 179-189.

interpretação da legislação infraconstitucional, o que afastaria, por sua vez, sua atuação equívoca de “3º grau de jurisdição”⁷⁵.

Entretanto, estes mesmos defensores das teses acima apresentadas não respondem à questão central: como restará o Direito de Acesso à Justiça, o qual era em épocas anteriores tão ambicionado pelos cidadãos, e que restou conferido após diversas reformas no Código de Processo Civil visando aproximar o Digesto Processual aos anseios sociais, que não tem sido preservado pelas recentes reformas, em verdadeira exclusão da apreciação do Poder Judiciário, em observância ao duplo grau de jurisdição, e ao livre convencimento do juiz, da lesão ou ameaça de direito, previsto no XXXV, do artigo 5º da Constituição Federativa da República Brasileira de 1988.

Lamentável mais esta transgressão a princípio comezinho do Direito Processual Civil, que também não serviu para solucionar os problemas da crise institucional e de credibilidade que assola o Poder Judiciário. Cremos que esta conjuntura será agravada, pois o inconformismo das partes que inicialmente restringia-se à justaposição da decisão paradigmática, passará a ser também pela negativa de julgamento por parte da Corte, que satisfaz apenas interesses próprios quanto à diminuição de processos a serem julgados, evadindo-se e negligenciando de sua função de julgador e garantidor de direitos e garantias fundamentais e de satisfação de interesses públicos.

Importante se faz destacar que todos os princípios mencionados que estão sendo transgredidos, sem que seja dada a devida importância, são previstos na Constituição Federal, pressupostos norteadores do Estado Democrático de Direito que também está sendo violado, isto porque resguardam direitos fundamentais, cláusulas pétreas na forma do artigo 60, §4º, IV, da CFRB/88, que impedem o retorno aos tempos inglórios nos quais não havia previsão das diretrizes democráticas conquistadas e hoje previstas expressamente em nossa Constituição e ordenamento constitucional e infraconstitucional.

Neste esteio, percebe-se que há uma tendência, a nosso ver inglória, em serem criadas formas de resolução idêntica para diversos processos, como a súmula vinculante, a repercussão geral, a lei dos recursos repetitivos, entre outras, Leis estas que retiram as

⁷⁵ TAVARES JUNIOR, Homero Francisco. Op. cit., p. 190-202.

garantias do devido processo legal, contraditório, ampla defesa, recorribilidade das decisões, entre tantas outras, esquecendo-se o legislador, e os próprios julgadores ansiosos pelos filtros recursais, que o processo não é mais singelo meio de pacificação social, mas principalmente garantia fundamental⁷⁶, guardando ligação indissociável a previsão do contraditório nas normas com o regime democrático.

CONCLUSÃO

A Lei 11.672/08 buscou implementar instituto similar ao previsto na Lei 11.418/06 e das Leis elaboradas no direito comparado ora comentado, como na Lei Alemã e na Lei Espanhola, sem manter, todavia, os mesmos fundamentos previstos naqueles textos legais, razão pela a qual pode-se afirmar que redundou em infeliz tentativa mal sucedida de copiar, e arrastar, para nosso ordenamento, criação jurídica alienígena que não se adequa aos padrões de nosso ordenamento jurídico, desvirtuando tais institutos.

O atual processo civil garantista corre sério risco pela implementação das alterações processuais desta última fase reformista, que se utiliza do pretexto da crise do Poder Judiciário que, ao permitir amplo acesso à justiça, viu-se sobrecarregado pelo vultoso número de processos a serem julgados por seus Tribunais, para impor decisões padronizadas em massa em desrespeito a todas as garantias conquistadas no sentido obter julgamento mais justo e garantidor, promovendo verdadeiro extermínio processual.

Não se nega a existência da simpatia pelos recursos em nossa sociedade, o que corrobora, também, para o surgimento e crescimento da demanda processual, e para o conseqüente afogamento dos Tribunais, os quais, por sua vez, vêem-se constantemente chamados a responder aos diversos questionamentos, fato este que enseja decisões divergentes pelo grande número de julgadores, pela diversidade doutrinária e pelos acontecimentos externos que, de fato, influenciam os julgamentos de acordo com a época em que ocorrem, o que ao final enseja a tão conhecida morosidade da justiça brasileira.

⁷⁶ TEIXEIRA, Welington Luzia., 2006, p. 141-161.

Por outro lado, deve-se atentar para o fato de que a Lei Processual é que prevê, e de certa forma estimula, a possibilidade de serem manejados recursos pelos interessados em atacar determinada decisão, pela a gama de recursos disponível.

Certo é que o problema das partes em relação ao Poder Judiciário não constitui mais um problema de entrada, isto porque o acesso à justiça foi efetivamente implementado em nosso ordenamento em momento anterior, mas sim a dificuldade está na saída de forma célere e com a efetiva prestação jurisdicional⁷⁷.

Em contrapartida, não constitui a Lei 11.672/08 o remédio mais adequado para este mal, morosidade da justiça, do qual sofre não apenas o Poder Judiciário, mas principalmente as partes litigantes.

Mesmo que se considerasse como verdadeira a intenção do legislador em promover efetiva celeridade no julgamento dos processos pela edição da Lei 11.672/08, bem como uniformização jurisprudencial, será que, efetivamente, tal fim justificaria os meios empregados, ou seja, seria esta a única, ou a melhor, forma de entregar a prestação jurisdicional em tempo razoável, apesar de todas as violações inerentes a este procedimento, necessárias para se alcançar tal objetivo.

Estamos convencidos de que o objetivo primeiro do legislador ao criar a referida lei não foi beneficiar as partes com a razoável duração do processo, mas sim diminuir a quantidade de recursos que seriam julgados pelo Superior Tribunal de Justiça, em similitude ao regime implementado no âmbito do Supremo Tribunal Federal, com pouca, ou nenhuma, preocupação com a supressão de princípios processuais constitucionalmente previstos, em verdadeiro aniquilamento do ideal de justiça.

Na verdade, a grande quantidade de recursos interpostos a serem julgados é consequência da abertura ao direito de acesso à justiça, bem como pela vasta previsão legal de recursos a serem utilizados pelas partes e seus procuradores.

Este ‘problema’ pode ser resolvido, mas não necessariamente pela supressão de direitos e garantias fundamentais, conquistados após luta de longos anos para que fosse obtida previsão expressa em âmbito constitucional, mas por outros meios.

⁷⁷ ALVIM, José Eduardo Carreira., 2003, p. 165/184.

A meta a ser alcançada deve ser verdadeiramente a prestação da tutela jurisdicional de forma mais célere e eficaz, sendo resguardada a segurança e a efetividade das decisões, e não apenas para descongestionar os Tribunais⁷⁸, deve visar especificamente o interesse dos cidadãos.

Discorrendo no sentido de que o problema talvez esteja na relevante quantidade de recursos previstos em nosso ordenamento, o brilhante Mestre José Carlos Barbosa Moreira, em artigo intitulado *Reformas do CPC em matéria de recursos*, assim lecionou:

Encarado o assunto por outro ângulo mais largo, cabe frisar que o legislador na verdade não se tem deixado impressionar muito pela idéia, tão difundida, de que o x do problema está no excessivo número de recursos. Nenhuma das leis que reformaram o Código de Processo Civil tratou de abolir qualquer recurso. Nem pretende fazê-lo projeto algum dos que visam a dar continuação à empresa reformadora.⁷⁹

Como se verifica, não se observa em nenhuma das fases reformistas alteração em nossa legislação no sentido de suprimir determinados recursos tidos como desnecessários em virtude da abrangência de outros que poderiam ser utilizados para o mesmo fim.

Diversas foram as reformas implementadas ao longo dos anos, e ainda assim o inconformismo permanece pela ausência de soluções aos diversos problemas existentes no direito processual civil brasileiro, isto porque as alterações são feitas sem que haja planejamento básico das conseqüências que advirão, sendo justamente estas as razões utilizadas para serem feitas outras novas alterações que seguem pelo mesmo curso, pois nunca são atingidos os fins a que se destinam.

Talvez o melhor caminho fosse o abandono das reformas pontuais, feitas para sanar determinadas lacunas ou divergências, que mais emendam e remendam o direito processual civil brasileiro do que, de fato, resolvem os ditos ‘problemas’ ressaltados pela doutrina e jurisprudência, criando, inclusive, novos questionamentos na medida em que são implementadas as reformas.

⁷⁸ LIMA, Rubens Ferraz de Oliveira., 2009, p. 107/111.

⁷⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa., 2001.

Há de ser feita uma reforma global da Legislação Processual Civil, principalmente quanto aos recursos, para que todas as alterações sejam feitas dentro de um mesmo contexto jurídico, preservando os princípios que regem o direito em questão.

Além disto, necessário se faz o estímulo a decisões amigáveis e o desestímulo ao descumprimento de acordos por parte não apenas das pessoas físicas, mas das Sociedades Empresárias e do próprio Poder Público, em reconhecer o direito alheio ao invés de litigar até as últimas instâncias apenas para demonstrar serviço, evitando o início de novas ações.

Neste diapasão, o Ilustre Doutrinador Egas Dirceu Moniz de Aragão, em seu artigo ‘Reforma Processual: 10 anos’, relembra a advertência feita pelo advogado francês e professor da faculdade de Direito de Sorbonne, Jean Cruet, em sua obra ‘*A vida do direito e a inutilidade das leis*’, segundo o qual: “vê-se todos os dias a sociedade reformar a lei; nunca se viu a lei reformar a sociedade”.⁸⁰

O que se percebe é que todos os dias leis são criadas, alteradas, suprimidas, baseadas em acontecimentos cotidianos e em novas necessidades que surgem na sociedade, sem que haja longo lapso temporal de estabilidade de entendimento firmado quanto a determinado assunto ou ainda baseado em mesmos princípios e regras básicas.

Apesar da constante mutabilidade do direito, é possível que certas instituições sejam mantidas e, ao mesmo tempo, acompanhem as alterações sociais desde que a própria sociedade aceite esta condição, conscientizada da necessidade da existência da lei que a comande, amoldando-se a esta, e não apenas determinando que a *lex* seja alterada sempre.

Da mesma forma é possível que se promova a alteração de leis sem ferir institutos jurídicos basilares, os quais devem ser respeitados por serem, inclusive, previstos constitucionalmente.

Para tanto, faz necessário estudo prévio das mudanças que se pretende implementar, como pesquisas e estudos sobre a conveniência da alteração e dos possíveis resultados que emanarão, ou seja, são necessários elementos objetivos para que possa apresentar proposta de Lei, a qual deve permitir ampla participação de peritos no assunto no intuito de que a alteração esteja mais próxima da realidade prática dos Tribunais.

⁸⁰ ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de., 2002.

Infelizmente, não é o que ocorre cotidianamente quando das elaborações das leis pelo Poder Legislativo, e não foi, evidentemente, o que foi feito com relação à Lei 11.672/08, a qual foi editada com os equívocos jurídicos já mencionados, violando diversos princípios fundamentais do Direito Processual Civil, eis que é inadequada ao ordenamento jurídico pátrio.

Conclui-se, portanto, que, contrastada a Lei 11.672/08 com os princípios basilares do direito processual civil previstos constitucionalmente, somente se poderia concluir por sua inconstitucionalidade, por ferir direta e frontalmente a Carta Constitucional.

Apesar de todo o exposto, não possuímos uma visão otimista, isto porque é muito mais provável que o Supremo Tribunal Federal jamais reconheça a inconstitucionalidade da Lei que, muito embora afronte a Constituição Federal, traz a idéia de celeridade nos julgamentos, “resolvendo” um dos maiores, senão o maior, problema do Poder Judiciário brasileiro⁸¹.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. **Mini Códigos: Código Civil; Código de Processo Civil; Código Comercial; Legislação Civil, Processual Civil e Comercial; Constituição Federal**. Organizador Yussef Said Cahali. 11^a ed. São Paulo: RT, 2009, p. 21/146;

BRASIL. Código de Processo Civil. **Mini Códigos: Código Civil; Código de Processo Civil; Código Comercial; Legislação Civil, Processual Civil e Comercial; Constituição Federal**. Organizador Yussef Said Cahali. 11^a ed. São Paulo: RT, 2009, p. 523/697;

⁸¹ ALVIM, José Eduardo Carreira., 2008, p. 173/174.

BRASIL. Lei 11.672/08, de 8 de maio de 2008. Acresce o art. 543-C à Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, estabelecendo o procedimento para o julgamento de recursos repetitivos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Publicado no DOU em 09/05/08. **Mini Códigos: Código Civil; Código de Processo Civil; Código Comercial; Legislação Civil, Processual Civil e Comercial; Constituição Federal.** Organizador Yussef Said Cahali. 11ª ed. São Paulo: RT, 2009, p. 1631/1632;

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Recursos especiais repetitivos: mais uma tentativa de desobstruir os Tribunais.** Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 33, n. 162, p. 168-185, agosto 2008;

_____. **Justiça: Acesso e Descesso.** Direito Federal: Revista da Associação de Juízes Federais do Brasil: Brasília, v. 73, jan.-jun., 2003, p. 165/184;

ANDRADE, Fábio Martins de. **Procedimento para o Julgamento de Recursos Repetitivos no Âmbito do STJ – Anotações à Lei 11.672/2008 (acréscimo do art. 543-C no CPC).** Revista Dialética de Direito Processual (RDDP), São Paulo: Editora Dialética, n. 65, agosto 2008;

ANDRÉS, Antonio Alfonso Pérez. **Los efectos de las sentencias de la jurisdicción contencioso-administrativa.** 1ª ed., Espanha: Aranzadi Editorial, 2000, p. 283-301;

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. **Reforma Processual: 10 anos.** Revista Forense, Rio de Janeiro: Forense, n° 362, v. 98, jul.-ago., 2002;

BARROS, Humberto Gomes de. **Carta de Alforria: Lei 11.672/08 vai resgatar o STJ da inviabilidade.** Revista Consultor Jurídico, maio, 2008. Disponível em:

<http://www.conjur.com.br/2008-mai-16/lei_1167208_resgatar_stj_inviabilidade>. Acesso em: 27/08/2009;

CABRAL, Antônio do Passo. **O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas.** Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 32, n. 147, p. 123-146, maio 2007;

CARLIN, Volnei Ivo; MARTINS, Nelson Juliano Schaefer. **A Lei n. 11.672, de 08 de maio de 2008, a Resolução STJ n. 7 de 14.07.2008 e o procedimento para o julgamento de recursos repetitivos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.** Associação dos Magistrados Brasileiros, artigos jurídicos [Internet]. Disponível em:

<<http://www.amb.com.br/portal/docs/artigos/Artigo%20Des.%20%20processos%20m%C3%BAtiplos%20STJ%20-%20vers%C3%A3o%20modificada%2007-08.doc>>.

Acesso em: 23/09/2009;

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Primeiras observações sobre a lei dos recursos repetitivos no STJ.** Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 33, n. 160, p. 83-86, junho 2008;

CARVALHO, Esdras dos Santos. **Primeiras notas acerca do procedimento para evitar recursos repetitivos no âmbito do STJ e a questão em matéria criminal.** In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 56, 31/08/2008 [Internet]. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4988>. Acesso em 26/08/2009;

CAVALCANTE, Mantovanni Colares. **A Lei 11.672/2008 e o novo processamento de recursos especiais com identidade de matérias em confronto com a afeição transindividual de recurso extraordinário.** Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 33, n. 163, p. 179-189, setembro 2008;

CONSOLO, Cláudio; RIZZARDO, Dora. **Due modi di mettere lè azioni collettive alla prova: Inghilterra e Germânia.** In Riv. trim. dir. proc. civ., 2006, p. 891/914;

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Reforma da Reforma.** 3ª ed., São Paulo: Malheiros Editora, 2002;

FUDOLI, Rodrigo de Abreu. **A lei sobre os recursos especiais repetitivos (Lei nº 11.672/08). Sua aplicabilidade em matéria penal.** Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1780, 16 maio 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11276>>. Acesso em: 26/08/2009;

FUX, Luiz. **A Reforma do Processo Civil.** 2ª ed., Niterói: Impetus, 2008;

GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. **Considerações sobre a idéia da repercussão geral e a multiplicidade dos recursos repetitivos no STF e STJ.** Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 34, n. 170, p. 140-155, abril 2009;

LEITE, Gisele Pereira Jorge. **Comentários à Lei dos Recursos Repetitivos.** In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, 59, 30/11/2008 [Internet]. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5315>. Acesso em: 08/10/2009;

LIMA, Rubens Ferraz de Oliveira. **Superior Tribunal de Justiça – 20 anos: sempre o Tribunal da Cidadania.** Revista do Advogado, São Paulo:AASP, v. 29, n 103, p. 107/111, maio, 2009;

MARINONI, Luiz Guilherme. **Ações repetitivas e julgamento liminar.** Revista dos Tribunais, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 96, n. 858, p. 11-19, abril 2007;

MARTINS, Samir José Caetano. **O Julgamento de Recursos Especiais Repetitivos.** Revista Dialética de Direito Processual (RDDP), São Paulo: Editora Dialética, n. 64, p. 114-120, julho 2008;

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Sobre o novo artigo 543-C do CPC: sobrestamento de recursos especiais “com fundamento em idêntica questão de direito”.** Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 33, n. 159, p. 215-221, maio 2008;

MELLO, Rogério Licastro Torres de. **Recursos especiais repetitivos: problemas de constitucionalidade da resolução 8/2008, do STJ.** Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 33, n. 163, p. 190-195, setembro 2008;

MOREIRA, José Carlos Barbosa apud TALAMINI, Eduardo. **Julgamento de recursos no STJ "por amostragem" - Lei nº. 11.672/2008.** Disponível em: <<http://br.groups.yahoo.com/group/rumoaaprovacao/message/62>>. Acesso em: 26/08/2009;

NETTO, Nelson Rodrigues. **Análise crítica do julgamento “por atacado” no STJ (Lei 11.672/2008 sobre recursos especiais repetitivos)**. Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 33, n. 163, p. 234-247, setembro 2008;

NOGUEIRA, Daniel Moura. **A nova sistemática do processamento e julgamento do recurso especial repetitivo, art. 543-C, do CPC**. Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 33, n. 164, p. 235-244, outubro 2008;

NUNES, Dierle José Coelho. **Comentários acerca da súmula impeditiva de recursos (Lei 11.276/2006) e do julgamento liminar de ações repetitivas (Lei 11.277/2006) – Do Duplo Grau de Jurisdição e do Direito Constitucional ao Recurso (Contraditório Sucessivo) – Aspectos normativos e pragmáticos**. Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 31, n. 137, p. 171-186, julho 2006;

_____. **Decisão do STJ: Corte especial nega desistência de recurso repetitivo**. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2002, 24 dez. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12123>>. Acesso em: 18/09/2009;

PANTOJA, Fernanda Medina. **Reformas processuais: sistematização e perspectivas**. Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 33, n. 160, p. 87-114, junho 2008;

POMAR, João Moreno. **Considerações sobre o recurso especial repetitivo**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 56, 31/08/2008 [Internet]. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3097>. Acesso em 26/08/2009;

ROCHA, Francisco Cesar Asfor. **Julgamento de casos repetitivos já reduz número de ações no STJ**. Superior Tribunal de Justiça, Brasília, outubro, 2008. Disponível em:

<http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=642&tmp.texto=89794>

. Acesso em: 27/08/2009. Entrevista concedida a Fernando Teixeira e Zínia Baeta;

RODRIGUES, Marcelo Abelha; JORGE, Flávio Cheim; DIDIER JÚNIOR, Fredie. **A Terceira Etapa da Reforma Processual Civil**. São Paulo: Editora Saraiva, 2006;

SALOMÃO, Luis Felipe. **A Lei 11.672/2008 e o procedimento de julgamento dos recursos repetitivos**. Superior Tribunal de Justiça, Brasília, agosto 2009. Disponível em: <http://ns1.unijus.gov.br/internet_docs/ministros/Discursos/0001194/A%20Lei%2011.672,%20de%202008%20e%20o%20procedimento%20de%20julgamento%20dos%20recursos%20repetitivos.doc>. Acesso em 26/08/2009;

SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de. **Breve estudo sobre as decisões de efeito vinculante no sistema processual brasileiro**. Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 33, n. 160, p. 115-141, junho 2008;

TAVARES JUNIOR, Homero Francisco. **Recursos especiais repetitivos: aspectos da Lei 11.672/2008 e da Res. 8/2008 do STJ**. Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 33, n. 166, p. 190-202, dezembro 2008;

TEIXEIRA, Welington Luzia. **As Novas Reformas do CPC e o Estado Democrático de Direito: Adequação ou colisão?** Revista Dialética de Direito Processual (RDDP), São Paulo: Editora Dialética, n. 42, p. 141-161, setembro, 2006;

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 38ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. 1 v;

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004;

VASCONCELOS, Rita de Cássia Correia de; WAMBIER, Luiz Rodrigues.

Recursos

especiais repetitivos: reflexos das novas regras (Lei 11.672/2008 e Resolução 8 do STJ) nos processos coletivos. Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 33, n. 163, p. 28-49, setembro 2008;

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Anotações sobre o Julgamento de Processos Repetitivos**. Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil, São Paulo: IOB, ano 9, n. 49, p. 38-45, setembro – outubro 2007;

_____. **Breves comentários à 2ª fase da Reforma do Código de Processo Civil**. 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

**ANEXO H – LISTA DAS TESES PUBLICADAS PELA TERCEIRA VICE-PRESIDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
 (atualizada até a data de 17/11/2009)**

4 Nac (07)	Tributário. ICMS. Energia Elétrica. Creditamento por industrialização. Necessidade de dilação probatória. Princípio da não-cumulatividade tributária.	REsp 977.090/ES
6 Nac	Penal e Processual Penal. Execução Penal. Condenação em aberto. Possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direito.	REsp 1.110.823/PR REsp 1.107.314/PR REsp 1.110.824/PR
9 Nac antiga 271	Processo Civil. Cautelar de exibição de documentos. Aplicação do art. 359 do CPC. Não aplicabilidade da presunção de veracidade.	REsp 1.094.846/MS JULGADO 03/06/09
10 Nac	Tributário. Execução Fiscal. Citação por edital. Condições de cabimento. Frustração das demais modalidades de citação (por correio e por Oficial de Justiça).	REsp 1.103.050/BA JULGADO 06/04/09
11 Nac antiga 74	Acidente do trabalho. INSS. Cumulação do auxílio-acidente com aposentadoria. Lei 9.528/97.	REsp 1.111.828/SP JULGADO 14/10/09 RECURSO NÃO CONHECIDO
16 Nac	Tributário. A notificação do contribuinte acerca do lançamento do IPTU pode dar-se por	REsp 1.111.124/PR

	quaisquer atos administrativos eficazes de comunicação. Aplicação da súmula 106 do STJ.	JULGADO 18/06/09
17 Nac	Tributário. Responsabilidade do sócio gerente, cujo nome consta da a CDA, para responder por débitos da pessoa jurídica. Exceção de Pré-Executividade. Execução Fiscal. Hipóteses de cabimento.	REsp 1.104.900/ES JULGADO 01/04/09 REsp 1.110.925/SP JULGADO 04/05/09
19 Nac	Tributário. ICMS. Existência ou não de isenção de ICMS sobre o bacalhau oriundo de país signatário do GATT General Agreement on Tariffs and Trade.	REsp 871.760/BA JULGADO 30/03/09
20 Nac	Direito Econômico. Capitalização mensal de juros em ação revisional de contrato bancário.	REsp 1.046.768/RS DESAFETADO
21 Nac	Legalidade da cláusula que prevê comissão de permanência em contrato bancário na hipótese de inadimplência do consumidor.	REsp 1.058.114/RS JULGADO 12/08/09 REsp 1.063.343/RS JULGADO 12/08/09
23 Nac	Suspensão no fornecimento de energia elétrica em face de dívida em discussão.	REsp 1.101.937/RS AFETADO 27/04/09
24	Crédito fiscal decorrente de multa	REsp

antiga 159	administrativa. Natureza. Prazo prescricional aplicável.	1.105.442/RJ AFETADO 24/04/09
28 Nac	Tributário. Possibilidade de interrupção da prescrição por meio de citação por edital em ação de execução fiscal.	REsp 999.901/RS JULGADO 10/06/09
30 Nac	Tributário. Possibilidade de responsabilização do promitente vendedor e/ou do promitente comprador pelo pagamento do IPTU na execução fiscal, diante da existência de negócio jurídico que visa à transmissão da propriedade (contrato de compromisso de compra e venda).	REsp 1.111.202/SP JULGADO 18/06/09
33 Nac	Tributário. ISS. Possibilidade de interpretação extensiva dos serviços bancários constantes da lista anexa à LC 116/2003 e, para os fatos jurídicos que lhe são pretéritos, da lista anexa ao DL 406/68.	REsp 1.111.234/PR JULGADO
41 Nac	Tributário. Termo inicial do prazo para oferecimento dos embargos à execução fiscal, quando a garantia consiste na penhora de bens e direitos.	Resp 1.112.416/MG JULGADO 09/09/09
42 Nac	Civil. Empréstimo compulsório instituído sobre energia elétrica. Quantificação da condenação da ELETROBRÁS. Termo inicial de contagem do prazo prescricional. Incidência de correção monetária plena, juros remuneratórios e moratórios, e seus percentuais e taxa SELIC.	Resp 1.028.592/RS

	Possibilidade de devolução em ações.	
43 Nac	Tributário. Repetição do indébito de tributo estadual. Juros de mora. Definição da taxa aplicável.	REsp 1.111.189/SP JULGADO
51 Nac	Tributário. Processo Civil. Execução Fiscal. Penhora sobre o faturamento. Possibilidade. Ordem de preferência – LEF.	REsp 1.112.647/SP AFETADO 02/06/09
54 Nac	Processo Civil. Taxa de juros moratórios devidos a partir do CC 2003. Ofensa à coisa julgada.	REsp 1.111.117/PR AFETADO 14/10/09 REsp 1.111.118/PR REsp 1.111.119/PR
51	Civil. Consumidor. Direito à saúde. Aplicação retroativa de leis sobre planos de saúde.	200.913.516 .179
58 Nac (38)	Administrativo. Apreensão / Retenção de veículo. Autoexecutoriedade. Condicionamento ao pagamento de multas, diárias e despesas correlatas.	REsp 1.104.775/RS JULGADO 01/07/09
59 (173)	Administrativo - Gratificação de Encargos Especiais DER-RJ – INATIVOS. Natureza da gratificação. Juros moratórios (Art. 1º-F da Lei 9.494/97). Prescrição (Art. 1º do Decreto 20.910/32).	2008.135.24 161 REsp 1.120.250/RJ AFETADO 14/09/09 2008.135.24569

		REsp 1.120.668/RJ
60 Nac	Previdenciário. Processual Civil. Fazenda Pública. INSS. Custas e despesas processuais na Justiça Estadual. Art. 1º da Lei 9494/97. Art. 27 do CPC. Art. 475, §2º do CPC.	REsp 1.101.727/PR JULGADO 04/11/09
		2008.135.13 148 REsp 1.092.572/RJ PROCESSO SUSPENSO EM ATENDIMENTO AO ART. 543-C, DO CPC E RESOLUÇÃO Nº 08, DE 07/08/2008/STJ (PROCESSO COM A MESMA CONTROVÉRSIA: RESP 1061530/RS)
61 (08)	Cartão de credito. Revisão de cláusulas contratuais. Repetição de indébito. Danos morais. Cobrança de juros acima do limite constitucional. Anatocismo.	2008.135.13253 REsp 1.109.764/RJ 2008.135.13490 REsp 1.101.349/RJ 2008.135.21903 REsp 1.134.766/RJ
65 (25)	Processo Civil. Consumidor. Planos Econômicos. Extratos Bancários. Aplicabilidade / Retroatividade do CDC. Ônus da prova. Prazo	2008.135.05 676 REsp 1.096.554/RJ

	de guarda dos extratos. Multa.	
67 Nac	Tributário. Responsabilidade dos sócios para responder por débitos da pessoa jurídica devedor em execução fiscal.	REsp 1.101.728/SP JULGADO 4 23/03/09
68	Processo civil. Art. 475-J. Possibilidade de execução provisória. Honorários advocatícios. Hipóteses de cabimento.	2008.135.12 475 REsp 1.099.239/RJ 2008.135.12934 REsp 1.102.458/RJ 2008.135.10826 REsp 1.092.763/RJ
69 Nac	Penal. Decadência do direito de punir. Notificação do infrator de trânsito não expedida no prazo de trinta dias. Possibilidade de reinício do procedimento administrativo.	REsp 1.092.154/RS JULGADO 12/08/09
71 Antigas 12 e 53	Saúde. Medicamentos. Insumos e similares. Fornecimento obrigatório pelo ente público. Substituição de medicamento. Julgamento extra petita.	2008.135.09 540 REsp 1.102.457/RJ REsp 1.101.725/RS
72	Cadernetas de poupança. Expurgos Inflacionários decorrentes de planos econômicos (VERÃO / BRESSER / COLLOR).	2008.135.12 601 REsp 1.099.139/RJ 2008.135.23926 REsp 1.114.597/PR 2009.135.01302

		REsp 1.113.792/RJ 2009.135.00391 REsp 1.114.598/RJ 2009.135.00285 REsp 1.114.600/RJ
73 Nac	Tributário. Prazo prescricional para o contribuinte pleitear a devolução do indébito, nos casos de tributos sujeitos a lançamento por homologação.	REsp 1.002.932/SP
74 Nac	Tributário. Possibilidade de substituição da CDA antes da sentença de mérito, na forma do disposto no §8º, do artigo 2º, da Lei 6.830/80, na hipótese de mudança de titularidade do imóvel sobre o qual incide o IPTU.	REsp 1.045.472/BA AFETADO MAIO/09
75	Consumidor. Dano moral. Inscrição em bancos de dados (SERASA). Anotações obtidas através de Registros Públicos.	2009.135.08 315 REsp 1.152.057/RJ
76	Administrativo. Gratificação de encargos especiais. Policial. Atos de bravura. Prescrição do fundo de direito. Prestação de trato sucessivo. Dec. 21.753/95, Dec. 26.249/00. Dec. 20/910/32. Juros moratórios.	2008.135.08 659 REsp 1.107.077/RJ
77 Nac	Penal. Possibilidade de fixação da pena base abaixo do mínimo legal em razão de atenuantes.	REsp 1.117.073/PR AFETADO JUNHO/09 REsp 1.117.068/PR AFETADO

		JUNHO/09
78 Nac	Previdenciário. Processual Civil. Fazenda Pública. INSS. Juros de mora. Termo inicial.	REsp 1.117.057/SP AFETADO AGOSTO/09
79 Nac Antiga 171	Execução Penal. Falta grave. Reinício da contagem do prazo para progressão de regime de cumprimento de pena.	REsp 1.104.164/SP AFETADO AGOSTO/09
80 Nac	Processual Civil. Ação Cautelar Preparatória de Exibição de Documento. Contrato de participação financeira Interesse de agir. Necessidade de prévio requerimento administrativo e pagamento do custo do serviço.	REsp 982.133/RS JULGADO 22/09/08
81 Nac	Caderneta de poupança. Plano COLLOR. Saldo em cruzados novos superiores ao limite estabelecido e transferidos ao BACEN. Ilegitimidade passiva da instituição financeira depositária.	REsp 1.070.252/SP JULGADO 10/06/09
83	Civil. Administrativo. Responsabilidade civil extracontratual das concessionárias / permissionárias de serviço público. Incidência do CODECON.	2008.135.10 499 REsp 1.150.848/RJ
84	Processo Civil. Art. 475–J. Intimação do devedor. Termo inicial da incidência da multa.	2008.135.11 251 REsp 1.100.396/RJ

		2008.135.14995 REsp 1.099.602/RJ
85 Antiga 196	Família. Alimentos. Incidência nas verbas de gratificação natalina e férias recebidas pelo alimentante.	REsp 1.106.654/RJ AFETADO JUNHO/09
86 Nac 39	Previdência Privada. Contribuição. Saldo corrigido pelo IPC mais expurgos. Juros remuneratórios.	REsp 1.110.561/SP JULGADO 09/09/09 REsp 1.111.973/SP JULGADO 09/09/09
89	Consumidor. Imóvel comercial. Cobrança de consumo de água pela tarifa mínima (multiplicada pelo número de economias) ou por estimativa. Aferição do consumo de todas as unidades por um único hidrômetro.	200.913.512 .937
6 89 Nac Antiga 174	Processo Penal. Execução. Visitação periódica do lar pelo apenado. Limite para as autorizações de saídas temporárias a critério da administração penitenciária. Alegação de violação do artigo 124 da Lei 7.210/84.	REsp 1.102.482/SP JULGADO 13/10/09
92 Nac	DPVAT. Correção monetária e juros de mora. Termo inicial. Índices e percentuais.	REsp 1.098.365/PR JULGADO 28/10/09
93	Previdenciário. Auxílio-acidente. Lei	REsp

Nac 5	9032/95. Lei mais benéfica. Possibilidade de incidência imediata.	1.096.244/SC JULGADO 03/09/09
94 Nac	Processo Civil. Possibilidade de compensação dos honorários advocatícios nos termos do art. 21 do CPC quando da ocorrência de sucumbência recíproca sem implicar em violação do art. 23 do Estatuto da Advocacia – Lei 8.906/94.	REsp 963.528/PR
95 Nac	Processo Civil. Impossibilidade de julgamento monocrático dos Embargos de Declaração opostos contra decisão de órgão colegiado.	REsp 1.049.974/SP AFETADO 16/09/09
96 Nac 231 Nac	Instituição Financeira. Revisão Contratual. Fixação dos juros remuneratórios. Limitação. Capitalização. Anatocismo.	REsp 1.061.530/RS JULGADO 10/03/09
101	Civil - DPVAT. Prazo prescricional. Alegação de violação dos arts. 205 e 206, §3º, IX do Código Civil.	2009.135.12 385 REsp 1.140.110/RJ
103 Nac	Consumidor. Energia Elétrica. Suspensão no fornecimento do serviço. Irregularidade do medidor constatada pelo fornecedor do serviço unilateralmente.	REsp 1.120.998/PR AFETADO SETEMBRO/09
106 01	Tributário. IPTU. Declaração da prescrição sem oitiva da Fazenda Pública. Créditos prescritos antes do	2008.135.14 927 REsp 1.100.156/RJ

	ajuizamento da execução. Prescrição intercorrente. Causas interruptivas e suspensivas da prescrição. Isenção de custas.	JULGADO 18/06/09
107	Tributário. Possibilidade de cobrança de ICMS sobre a água. Serviço público essencial. Natureza jurídica. Serviço ou mercadoria.	2009.135.11 260 RESP 1.165.095/RJ
114	Reintegração de Posse. Leasing. VRG. Devolução dos Valores. Possibilidade.	2008.135.12 050 REsp 1.099.212/RJ 2008.135.20117 REsp 1.116.326/RJ 7 2009.135.03661 REsp 1.120.257/RJ
117	Consumidor. Contrato de saúde. Recusa da seguradora a autorizar internação. Urgência / Emergência. Prazo de carência. Danos morais.	2009.135.04 521 REsp 1.147.866/RJ
118	Processo Civil. Consumidor. Prestação de Contas. Extratos Bancários. Conta corrente / Cartão de crédito.	2008.135.19 438 REsp 1.119.894/RJ 2008.135.20465 REsp 1.116.321/RJ 2008.135.20714 REsp 1.111.745/RJ
123 Nac	Tributário. Processo Civil. Imposto de renda retido na fonte sobre verbas indenizatórias. Prescrição.	REsp 1.114.404/MG AFETADO 08/09/09

124	Processo Civil. Execução Fiscal. Substituição de bem penhorado por precatório. Inviabilidade. Penhora de precatório equivale à de crédito e não de dinheiro.	REsp 1.090.898/SP Migrada do STF (024) JULGADO
127	SFH. Incidência do CES (Coeficiente de Equivalência salarial) reajuste do saldo devedor pela TR em substituição ao INPC. Legalidade da Tabela Price. Correção do saldo devedor em março de 1990. Obrigatoriedade de contratação de seguro habitacional. Aplicação do CODECON. Limitação de juros e redução da multa moratória.	REsp 1.070.297/PR JULGADO 18/09/09 REsp 969.129/MG
132	Civil. Pagamento da diferença dos expurgos de correção monetária incidente sobre as contribuições vertidas a entidade de previdência privada. Índice aplicável Percentual.	200.813.517 .354
136	Penal. Tráfico ilícito de entorpecente. Crime previsto no art. 12, §2º da Lei 6.368/76. Ausência de previsão na Lei 11.343/06. Abolition criminis. Extinção da punibilidade.	2008.135.00 306 REsp 1.101.150/RJ
142	Previdenciário. Pecúlio post mortem. Concessão de benefício de servidor falecido após a edição da Lei nº 9.717, de 27/11/1998.	200.913.512 .773
143	Restituição de ICMS pago antecipadamente no regime de substituição tributária. Diferença entre a base de cálculo presumida e a real.	200.913.514 .926

144	Previ-BANERJ. Termo de adesão, quitação, transação e cessão de direitos com sub-rogação. Decadência. Negócio jurídico nulo ou anulável. Pretensão de devolução de quantia recebida pelos participantes. Reinclusão no plano de aposentadoria.	2009.135.13 442 8
145 Nac	Legitimidade da cobrança de ICMS sobre o valor pago a título de “demanda contratada” de energia elétrica.	REsp 960.476/SC JULGADO 13/05/09
146 Nac	Incidência do coeficiente de equiparação salarial – CES no cálculo do reajuste do encargo mensal subjacente aos contratos de mútuo do sistema financeiro de habitação SFH, antes da edição da Lei 8.692/93.	REsp 880.026/RS AFETADO 22/06/09
147	Tributário/Civil. Natureza jurídica da taxa judiciária. Possibilidade da isenção prevista na Lei Estadual 3.350/99 em confronto com o CTN e CTE. Instituto da confusão.	200.913.513 .257
148	Precatório. Juros de mora. Incidência no período compreendido entre a data do cálculo e a expedição da Requisição de Pequeno Valor.	200.913.510 .342
149 Nac	Tributário. Fazenda Pública. Certidão de Dívida Ativa. Possibilidade de protesto.	REsp 1.144.635/RS AFETADO 15/10/09
150	Tributário. Compensação de crédito.	REsp

Nac	ICMS. Nota fiscal inidônea – art. 23 da LC 87/96. Possibilidade.	1.148.444/MG AFETADO 15/10/09
151	Civil. Despejo por falta de pagamento. Responsabilidade solidária dos fiadores. Contrato prorrogado por prazo indeterminado. Responsabilidade até a entrega das chaves.	2008.135.12 319 REsp 1.102.985/RJ JULGADO MONOCRÁTICO 15/09/09
152 Nac	Tributário. ICMS sobre a importação de aeronave sob o regime de arrendamento simples.	REsp 1.131.718/SP AFETADO 15/10/09
153 Nac	Tributário. ICMS sobre energia elétrica. Possibilidade de compensação com serviços de telecomunicações.	REsp 842.270/RS AFETADO 14/10/09
154 Nac	Tributário. ICMS. Alíquotas diferenciadas em operações interestaduais. Empresa de construção civil. Aquisição de material.	REsp 1.135.489/AL AFETADO 15/10/09
155 Nac	Tributário. ICMS. Legitimidade da base de cálculo sobre o valor total dos alimentos e bebidas por bares, restaurantes e similares.	REsp 1.135.534/PE AFETADO 15/10/09
156	Processo Civil. DPVAT. Competência. Exceção de Incompetência. Possibilidade de declínio de ofício.	200.913.516 .704

157 Nac	Tributário. ICMS. Não-incidência sobre o deslocamento de equipamentos ou mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte. Não-transferência de propriedade.	REsp 1.125.133/SP AFETADO 15/10/09
172 Nac	Processo Civil. Fraude à execução. Bem imóvel. Requisitos para a sua caracterização.	REsp 773.643/DF
175 Nac	Processo Civil. Imóvel sede da empresa individual executada. Impenhorabilidade absoluta.	REsp 1.114.767/RS
177 Nac	Consumidor. Indenização por danos morais decorrente de inscrição do nome do devedor nos cadastros de restrição ao crédito sem previa comunicação, em especial nos casos onde o devedor possua outras inscrições nos cadastros de devedores. Violação ao artigo 43, par. 2 da lei 8.078/90.	REsp 1.061.134/RS JULGADO 01/04/09 REsp 1.062.336/RS JULGADO 12/05/09
194	Comercial e Processo Civil. Duplicata sem aceite. Irregularidade formal do título. Protesto indevido procedido por instituição financeira na qualidade de endossatário-mandatário. Legitimidade passiva. Dano moral.	2008.135.16 510 REsp 1.120.758/RJ
198	Penal. Furto qualificado pelo abuso de confiança Tipicidade. Discussão se o porte de arma desmuniada tipifica o delito próprio da lei 9.437/97.	REsp 1.102.469/RJ AFETADO FEVEREIRO/09
199	Processo Civil. Sucessão / Cisão. Limites	2008.135.19

	subjetivos da coisa julgada. Cumprimento de sentença. Responsabilidade patrimonial da cessionária.	261 REsp 1.120.620/RJ
210 Nac 62 Nac	Telefonia. Pulsos Excedentes. Discriminação dos valores cobrados além da franquia. Obrigatoriedade.	REsp1.072. 662/MG JULGADO 15/10/09 REsp1.074.799/MG JULGADO 09/06/09
218	Consumidor. Conta Corrente. Descontos para amortização de saldo devedor. Limites percentuais. Dano moral. Configuração.	2008.135.24 129 REsp 1.117.859/RJ 2008.135.16452 REsp 1.117.035/RJ 2008.135.19069 10 REsp 1.117.021/RJ 2008.135.18994 REsp 1.129.959/RJ
220	Consumidor. Conta corrente conjunta. Responsabilidade solidária entre o co-titular e o titular no caso do cheque sem fundos emitido isoladamente por um deles.	2008.135.16 736 REsp 1.107.572/RJ
223	Processo Civil. Empréstimo compulsório instituído sobre energia elétrica. Competência da Justiça Federal ou Estadual.	2008.135.20 122 RESP 1.111.159/RJ AFETADO MAIO/09

230	<p>Penal e Processual Penal. Tráfico de drogas. Acórdão que decide pela aplicação das leis 6.368/76 e 11.343/06 em conjunto. Fusão de leis. Recurso que discute a possibilidade de se usar dois regramentos distintos ao mesmo tempo. Alegação de que uma só lei deve ser aplicada ao caso, que seja mais benéfica. Negativa de vigência dos arts. 12 da lei 6.368/76 e do art. 33, §4º da lei 11.343/06.</p>	<p>2008.135.00 375 REsp 1.111.992/RJ REsp 1.117.068/PR AFETADO MAIO/09</p>
232	<p>Processo Civil. Honorários advocatícios devidos à Defensoria Pública pelo Município e Estado. Instituto da confusão.</p>	<p>2008.135.11 991 REsp 1.108.013/RJ JULGADO 22/06/09</p>
238 Nac	<p>Administrativo. Repetição de Indébito. Contribuição previdenciária. Natureza tributária. Índice e termo inicial dos juros moratórios. Servidor público inativo.</p>	<p>REsp 1.086.935/SP JULGADO 24/11/08</p>
243	<p>Consumidor. Contrato de seguro de vida em grupo. Resilição do contrato pela seguradora. Possibilidade de manutenção pelo segurado com as mesmas cláusulas.</p>	<p>2008.135.14 346 REsp 1.108.674/RJ 2009.135.00921 REsp 1.117.088/RJ</p>
248	<p>Administrativo. Gratuidade de Serviços Públicos de Transporte Coletivo. Passe livre. Portadores de Doença Crônica. Fonte de Custeio.</p>	<p>2008.135.12 057 REsp 1.109.683/RJ JULGADO 24/09/09 NÃO AFETADO</p>

60	Tributário. Repetição de indébito. TIP e CIP. Constitucionalidade da tributação. EC 39/02. Juros moratórios. Termo inicial. Súmula 188 do STJ.	2008.135.16 901 REsp 1.121.821/RJ JULGADO MONOCRÁTICO 06/10/09
277	Tributário. Civil. Natureza da remuneração dos serviços de água prestados por concessionária de serviço público. Tarifa ou preço público. Possibilidade de cobrança progressiva de água. Repetição do Indébito. Prazo prescricional.	2008.135.15 978 REsp 1.113.403/RJ JULGADO 15/09/09
279 280	Tributário. ICMS. Operações de consumo de energia elétrica e telecomunicações. Princípio da seletividade e essencialidade. Aplicação da alíquota genérica de 18%.	2008.135.17 217 REsp 1.119.872/RJ
282 Nac	Legitimidade ou não da cobrança de tarifa de assinatura mensal relativa à prestação de serviços de telefonia e à existência, ou não, de litisconsórcio passivo necessário entre a empresa concessionária de telefonia e a ANATEL.	REsp1.068. 944/PB JULGADO 09/02/09
283	Consumidor. Plano de Saúde. Reajuste de mensalidade. Alteração de faixa etária. Prévia autorização pela ANS.	2009.135.05 311 RESP 1.156.124/RJ
290 Nac	Telefonia. Contratos de Cessão e Participação Financeira. Planos de expansão. Definição do valor patrimonial das ações. Competência. Natureza da obrigação. Prescrição.	REsp 1.033.241/RS JULGADO 05/11/08

293	Administrativo. Servidor público ex- celetista. Transformação de licença-prêmio em pecúnia. Caráter indenizatório. Princípio do enriquecimento sem causa.	2008.135.18 395 REsp 1.137.500/RJ
304	Consumidor. Responsabilidade civil. Furto, roubo, extravio. Cheque / documentos / cartão de crédito. Uso indevido por terceiro. Negativação. Risco do empreendimento. Dano moral. Cabimento.	2008.135.21 416 REsp 1.121.336/RJ
307	Civil. Cheque. Fraude em endosso. Responsabilidade do banco sacado. Obrigação de verificação da assinatura, além da regularidade da série de endosso.	2008.135.21 158 REsp 1.121.358/RJ
309 Nac	Tributário. Recurso Administrativo. Discussão sobre necessidade do depósito prévio como condição para interposição de recurso posterior.	REsp 894.060/SP JULGADO 10/11/08
311 Nac Antigas 49 e 152	Administrativo. Servidor Público. Ativo. Inativo. Pensionista. Percentual de juros em desfavor da Fazenda Pública. Código Civil X art. 1º-F da Lei 9494/97.	RESP 1.086.944/SP JULGADO 04/05/09
328 Nac	Consumidor. Necessidade de comprovação mediante AR do recebimento pelo devedor da Correspondência através da qual ele é cientificado da inscrição de inadimplente.	REsp 1.083.291/RS JULGADO COM EFEITOS DO ART. 543-C, §7º CPC 09/09/09

EXECUÇÃO: SUGESTÕES PARA NOVA REFORMA

ENFORCEMENT: SUGGESTION FOR NEW REFORM

Desirê Bauermann

Mestre em direito processual pela UERJ, Doutoranda
em direito processual pela UFMG, Advogada.

RESUMO: Esse artigo tem por objetivo analisar as reformas já realizadas no Código de Processo Civil em sede de execução, bem como propor reformas baseadas em experiências bem sucedidas alhures para se alcançar cada vez mais sucesso no intuito de entregar ao credor o que é seu por direito. Palavras-chave: execução, efetividade, reforma legislativa.

ABSTRACT: This article's objective is to analyze the reform that has already been applied to the Civil Procedure Code in the area of enforcement, as to propose reform based on highly successful experiences abroad to continually raise the level of success obtained with the intention of delivering to the lender that which is rightfully theirs by law.

Keywords: enforcement, effectivity, legislative reform.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Da forma de realização das reformas. 3. Efetividade da execução. 4. Das alterações promovidas pelas leis 11.187/05, 11.232/2005, 11.276/06, 11.277/06 e 11.280/06. 4.1. Dispensa de citação em caso de execução por título executivo judicial. 4.2. Indicação de bens à penhora pelo credor. 4.3. Penhora realizada antes da intimação do devedor. 4.4. Indicação de bens à penhora pelo devedor e multa. 4.5.

Penhora on line. 4.6. Embargos recebidos em regra apenas no efeito devolutivo. 5. Reformas a serem realizadas. 5.1. Cumprimento de ofício das sentenças condenatórias. 5.2. Despacho inicial da execução. 5.3. Registro informatizado de execuções. 5.4 Impenhorabilidades. 5.5. Ordem de realização da penhora. 5.6. Adjudicação. 6. Breves conclusões

1. INTRODUÇÃO

Vivemos uma época de intensas reformas no Código de Processo Civil, todas tendentes a abreviar o tempo do processo, garantir tutela adequada aos direitos e, por conseqüência, proporcionar o alcance da tão aclamada “efetividade do processo”. Tais reformas ocorreram tanto em relação à fase de accertamento, quando se reconhece ou não o direito controvertido como devido, como na fase de execução, quando se busca realizar na prática o direito já definido.

Embora os esforços já empreendidos com o fito de encontrar solução para a lentidão e ineficiência do processo para resolução adequada dos conflitos surgidos na sociedade, cujo sucesso na prática forense tem se mostrado duvidoso, necessário ainda o aprimoramento das regras vigentes em nosso ordenamento que não se mostram aptas a propiciar o alcance de um processo efetivo.

Como exemplo apontamos a ampla reforma realizada no Código de Processo Civil quanto à forma como se executa os julgados que determinam pagamento de quantia certa. Embora tenham sido alterados inúmeros dispositivos que impediam o desenvolvimento adequado da fase executiva, como a exigência de propositura de nova ação para executar títulos executivos judiciais, mantiveram-se regras que claramente não atendem ao objetivo de se obter o efetivo cumprimento dos títulos executivos que encerram obrigação de pagar no menor espaço de tempo possível, principalmente regras referentes à penhora de bens e sua realização, que deverão ser revistas para darmos continuidade à busca de um processo de resultados.

Diante disso, necessária a análise da reforma já implementada na execução pelas leis 11.232/05 e 11.382/06, a fim de primeiro reconhecer as alterações benéficas já operadas em nossa legislação e após, detectando as falhas ainda existentes, propor alterações legislativas que possam ter o condão de melhorar o sistema.

2. DA FORMA DE REALIZAÇÃO DAS REFORMAS

Certo é que todos os que freqüentam o foro (seja na qualidade de partes, advogados, servidores, juízes, entre outros) têm suas impressões sobre os “vilões” do processo, ou seja, institutos processuais e práticas ou responsáveis pela demora do processo, ou que representam a inadequação da prestação jurisdicional.

Alguns apontam o excesso de recursos; outros indicam como responsáveis pela excessiva lentidão os intervalos nos quais o processo não tem andamento por aguardar decisão, esperar publicação de atos no diário oficial, aguardar o cumprimento de alguma diligência, estar em trânsito para julgamento de recurso, entre outros. Há também os que afirmam serem responsáveis pelas mazelas do processo as falhas da fase executiva, cujas regras não estão de acordo com o objetivo que se pretende alcançar nesse momento processual, qual seja a satisfação do credor através do cumprimento da obrigação no menor prazo possível. A lista aqui esboçada por óbvio é meramente exemplificativa, visto que muitas outras reclamações são dirigidas ao processo brasileiro.

As reformas realizadas na lei processual brasileira tiveram por base tais impressões. Por exemplo: limitaram-se as hipóteses de cabimento de certos recursos e adotou-se a súmula vinculante por haver uma impressão geral por parte da comunidade jurídica no sentido de ser excessivo o número de recursos na legislação processual; alterou-se a sistemática de execução, principalmente dos títulos executivos judiciais, por todos os envolvidos no processo sentirem na prática os problemas dessa fase processual, entre tantos outros.

Nunca houve, no Brasil, a realização de um diagnóstico prévio e seguro, baseado em dados estatísticos, de quais exatamente eram e ainda continuam sendo os pontos de estrangulamento do nosso processo, nem das causas desses problemas, para a partir disso serem propostas e realizadas as alterações legislativas. Reforma-se a legislação, portanto, sem que seja possível saber exatamente se as alterações atacam os pontos realmente problemáticos, e sem que seja possível afirmar com segurança que os caminhos que estão sendo trilhados irão conduzir a um processo mais célere e com maior aptidão para tutelar na prática os direitos reconhecidos como devidos por decisão judicial¹.

Embora tal prática seja recorrente, temos que as reformas não podem prescindir de dados estatísticos. Primeiro, para que se ataque exatamente os problemas existentes na realidade. Segundo, porque os dados estatísticos são imprescindíveis para “legitimar” as reformas. Isso, porque ao se identificar claramente quais os grandes responsáveis pela marcha processual não se desenvolver a contento, e também os institutos que funcionam bem, se possibilita a realização de reformas que *a priori* parecem ousadas, mas que são imprescindíveis para que o processo atinja seu fim de tutelar direitos e promover a pacificação social.

Exemplo de reforma processual bem sucedida ocorreu na Espanha, cujo judiciário até meados do ano 2000 vivia situação caótica, com completa descrença da população no seu funcionamento e imparcialidade². Para reverter essa situação negativa que cercava o Judiciário, determinou o Conselho Geral do Poder Judiciário espanhol a realização de ampla pesquisa sobre o Judiciário como um todo, através da qual foram colhidos dados estatísticos sobre o processo e, com base neles, foram determinadas as mudanças a serem realizadas³.

A colheita desses dados possibilitou, por exemplo, a alteração da legislação processual para permitir que a execução provisória fosse realizada sem necessidade de

¹ Nesse sentido ver BARBOSA MOREIRA, 2001, p. 237.

² De acordo com dados do Conselho Geral do Poder Judiciário espanhol, em 1997 57% dos espanhóis afirmavam que a Justiça naquele país funcionava mal, e 51% achavam que os juízes não eram imparciais em seus julgamentos. Dados disponíveis no documento elaborado pelo próprio Conselho Geral do Poder Judiciário espanhol denominado *El libro blanco de la justicia*, disponível em [www.bcn.es/biblioteca general](http://www.bcn.es/biblioteca_general), consulta em 26.06.2007.

³ Tais dados constam do documento *El libro blanco de la justicia*. Ver nota 2.

prestação de caução pelo credor, ante a constatação de que a maioria das sentenças proferidas pelo juízo de 1º grau era mantida em sede de apelação. Nesse sentido o magistério de Virgínia Pardo Iranzo, senão vejamos:

Evidentemente la no necesidad de caución comporta, como peligro principal, que el ejecutante no pueda devolver, en caso de revocación de la sentencia, lo recibido. A pesar del peligro, el legislador se decanta por esta solución para evitar, tal y como señala en su preámbulo la ley, varios riesgos: *en primer lugar*, evitar que sólo tengan acceso a la ejecución provisional quienes dispongan de recursos económicos líquidos suficientes. Se evita, *en segundo lugar*, la demora del acreedor en ver satisfecho su derecho y, *finalmente*, se cierra la posibilidad de que el deudor disponga del tiempo necesario para preparar su insolvencia. **Se trata, por otro lado, de una decisión política possibilitada porque las estadísticas indican que en la mayoría de los casos las sentencias de 1ª instancia no se revocan. Si, por ejemplo, el 80% de las sentencias de 1ª instancia se revocaran no sería políticamente correcto permitir la ejecución provisional sin caución**⁴ (grifamos).

Também os dados estatísticos levaram à permissão da penhora de parte dos salários percebidos pelos devedores, ante a certeza de que nas execuções cuja penhora recaía sobre dinheiro o percentual de sucesso na obtenção do pagamento do crédito era enorme se comparado com execuções garantidas por outros bens. E, ante a verificação segura de que o leilão judicial era uma péssima forma de realização de bens, reformou-se a lei para permitir o uso de novas formas de venda dos bens penhorados.

Além da apuração e análise de dados estatísticos, para que as reformas processuais sejam bem sucedidas necessário haver treinamento do pessoal encarregado dos serviços judiciários, em todos os níveis, para que as reformas sejam efetivamente conhecidas por todos e adequadamente aplicadas. Reformar sem pensar na reforma dos agentes que operarão as novas leis “chega a ser uma utopia, para não dizer uma temeridade”, nas palavras de Humberto Theodoro Júnior⁵.

⁴ Disponível em www.uv.es, consulta em 12.04.2007.

⁵ THEODORO JÚNIOR, 2005, p. 29.

Ademais, imprescindível seja oferecida infra-estrutura adequada para que as reformas possam ser implementadas. De nada adianta, por exemplo, haver lei regulando o processo digital, se a Comarca não dispõe de computadores e acesso à *internet* para tanto.

Esse problema foi verificado em Portugal, que promoveu inovadora reforma da fase executiva, todavia não colheu bons resultados, principalmente em decorrência da falta de infra-estrutura e preparo de pessoal para dar cumprimento à nova legislação. O próprio Secretário de Estado da Justiça português, discursando perante a Assembléia da República para defender proposta de nova alteração no Código de Processo Civil daquele país⁶, admitiu claramente que “tão importante como uma boa legislação são as condições necessárias à sua aplicação”, e concluiu, ante o caso por eles verificado, que as grandes reformas legislativas de nada adiantam para resolver os problemas da Justiça se não forem acompanhadas das condições necessárias à sua aplicação.

E, afirmando que quando reformas legislativas são promovidas necessário sejam também reformados os procedimentos, preparados os aplicadores da lei, bem como promovida a organização necessária para que tais reformas sejam recebidas, credita tanto a necessidade de nova reforma da legislação portuguesa como o insucesso da anterior justamente à falta de preenchimento desses requisitos, garantidores do seu sucesso na prática.

Retornando à realidade brasileira, temos que embora já tenha sido dado um grande passo no sentido de modernizar o processo e promover alterações buscando a sua efetividade, para serem obtidos resultados cada vez melhores imprescindível a feitura de levantamento estatístico, para que as próximas reformas sejam realizadas com base em dados da realidade e não em impressões dos operadores do direito, o que possibilitará o ataque dos verdadeiros “vilões” do processo.

E, além disso, mister seja oferecida infra-estrutura para a implementação das reformas e promovido o envolvimento da comunidade jurídica em torno das mesmas, a fim de se proporcionar que todos as conheçam, e com elas saibam trabalhar.

⁶ Documento disponível no site www.portugal.gov.pt/portal/PT/governos. Consulta em 29.05.2007.

3. EFETIVIDADE DA EXECUÇÃO

Na atualidade prima-se pelo alcance de um processo efetivo. E lograr o seu alcance apenas será possível se houver meios através dos quais se permita de fato, e no menor espaço de tempo possível, obter-se o cumprimento da obrigação devida. De nada adianta termos um procedimento célere para a obtenção de título executivo judicial, ou termos um rol extenso de títulos extrajudiciais a afastar a necessidade de se percorrer tal fase, se não tivermos normas que possibilitem a execução do quanto acertado anteriormente.

Humberto Theodoro Júnior preleciona nesse sentido, ao afirmar que na

ótica de encontrar a efetividade do direito material por meio dos instrumentos processuais, o ponto culminante se localiza, sem dúvida, na execução forçada, visto que é nela que, na maioria dos processos, o litigante concretamente encontrará o remédio capaz de pô-lo de fato no exercício efetivo do direito subjetivo ameaçado ou violado pela conduta ilegítima de outrem⁷.

A fase de execução é o calcanhar de Aquiles do processo, seja porque é o momento em que as partes mais usam de expedientes protelatórios para não ter que de fato pagar a quantia devida, seja porque existem limites muitas vezes intransponíveis para que possa ser alcançado o seu fim, como por exemplo a inexistência de bens em nome do devedor passíveis de garantir a execução.

Apenas a título de ilustração, apontamos dados colhidos pela desembargadora do TRF da 3a. Região Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida, analisando processos cuja relatoria lhe coube, todos movidos contra a Fazenda Pública. Constatou-se, com base nos dados apurados, que o tempo de tramitação de embargos opostos à execução por quantia certa movida contra a Fazenda Pública (duração média de praticamente 8 anos) é muito superior que o tempo transcorrido para a prolação de decisão definitiva no processo de

⁷ THEODORO JÚNIOR, 2006, p. 270. No mesmo sentido o comentário de Miguel Teixeira de Sousa, ao afirmar que “pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, a atribuição do direito à tutela jurisdicional seria ilusória se as ordens jurídicas permitissem que uma decisão definitiva e obrigatória permanecesse inoperante em detrimento de uma das partes. Portanto, a possibilidade de executar as decisões judiciais constitui um complemento indispensável da garantia do acesso aos tribunais para a defesa dos direitos e interesses violados”. SOUSA, 2004, pp. 19/20.

conhecimento (em média 3 anos e meio). Vale ainda lembrar que esse levantamento levou em conta o tempo para se decidir o processo de conhecimento e os embargos opostos à execução, sem considerar o intervalo ainda necessário, após a decisão dos embargos, para obter-se efetivamente o pagamento via precatório⁸.

Assim, dada a importância da execução, e verificando-se a existência de inúmeros obstáculos para a concretização do direito do credor no menor espaço de tempo possível, mister seja realizada a identificação exata dos problemas que impedem o alcance da sua efetividade, para então verificar se é possível afastar as barreiras existentes através de alterações legislativas ou mesmo de mudança de atitude frente ao processo, ou se realmente elas são intransponíveis, caso em que nada haverá para fazer.

Apontamos, a título exemplificativo, a dificuldade de encontrar bens penhoráveis, os incidentes que impedem a própria efetividade da penhora quando bens são encontrados, a falta de cooperação das partes no processo⁹, bem como a necessidade de se poder dispor de medidas eficientes para se transformar os bens penhorados em dinheiro como problemas que freqüentemente impedem o alcance da efetividade do processo de execução, mas que podem perfeitamente, através de alterações legislativas e mudança de mentalidade, ser superados.

O fato de não encontrar bens do devedor passíveis de penhora pode ser menos freqüente se, por exemplo, for permitida a pesquisa, pelo juiz, dos registros públicos do devedor nos quais ele obrigatoriamente deve listá-los, ou através da adoção de medidas coercitivas para coagi-lo a pessoalmente declarar quais os bens de sua propriedade aptos a garantir a execução. Também dificuldades existentes na fase de realização de bens podem ser afastadas com a adoção de mecanismos de venda mais expeditos e eficazes.

Todas essas nuances serão tomadas em consideração tanto na análise das alterações já promovidas na fase executiva no Brasil, como para propormos novas reformas, sempre com o intuito de se proporcionar ao credor a obtenção do efetivo cumprimento tanto dos títulos executivos judiciais como dos extrajudiciais, a fim de que essa possibilidade se torne regra e não seja exceção.

⁸ YOSHIDA, 2007, pp. 71 e seguintes.

⁹ JORGE, 2007, p. 237.

4. DAS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELAS LEIS 11.187/05, 11.232/2005, 11.276/06, 11.277/06 E 11.280/06.

Certo é que as reformas não realizaram todas as alterações possíveis para o alcance da efetividade da execução, se mostrando tímida em determinados aspectos, já analisados ou que ainda serão objeto de abordagem nesse trabalho.

Todavia, em vários pontos as reformas foram positivas. Passamos, então, a analisar as alterações que, em nosso sentir, foram realizadas em atenção à busca de efetividade da execução sem comprometimento das demais garantias constitucionais processuais, acarretando avanços em nosso sistema executivo. Ressalta-se que se está a emitir apenas algumas impressões, sem o escopo de esgotar o tema, e mais uma vez sem dados estatísticos que assegurem a correção dessas impressões.

4.1. Dispensa de citação em caso de execução por título executivo judicial.

Com a reforma operada pela Lei 11.232/05, eliminou-se a necessidade de ser instaurado novo processo, de execução, para buscar-se o cumprimento de condenação ao pagamento de quantia certa determinado em título executivo judicial.

Passou-se, portanto, a exigir apenas a abertura de nova fase para obter-se o cumprimento do quanto acertado anteriormente perante o judiciário, o que implica na desnecessidade de nova citação para a realização de atos de execução, salvo as exceções previstas no art. 475-J do CPC.

Logo, evita-se os percalços que surgem da exigência de uma nova citação, qual sejam o tempo considerável para ser realizada e possíveis complicações para encontrar o devedor, estando portanto a reforma em consonância com a exigência esculpida no art. 5º., LXXVIII da Constituição Federal, por ser medida que contribui para que o processo não tenha dilações indevidas e, por consequência, auxilia o alcance da sua efetividade.

Ademais, afasta-se de forma corretíssima a desnecessária “quebra do processo” que ocorria antes da reforma, com a separação do processo de conhecimento do processo de execução sem que houvesse razões de direito para tanto, já que a tutela do direito apenas será realizada se, além de ser reconhecido na fase de accertamento, for realizado na fase de execução¹⁰.

4.2. Indicação de bens à penhora pelo credor

Antes da reforma promovida pelas leis 11.232/05 e 11.382/06, a regra geral era a indicação de bens à penhora ser feita preferencialmente pelo devedor, sendo que apenas ante a sua omissão teria o credor oportunidade de indicá-los.

Hoje essa ordem foi invertida, dispondo a lei que o credor poderá, no requerimento de cumprimento da sentença (art. 475-J do CPC) ou na petição inicial da execução (art. 652 parágrafo 2º. do CPC) indicar bens do devedor a serem penhorados, afastando com isso a indicação de bens feita preferencialmente pelo devedor.

Essa providência se mostra benéfica pois evita que o devedor, agindo de má-fé, indique bem de difícil realização apenas para protelar o processo, fato recorrente até ser realizada a reforma.

Além disso, caso o devedor queira afastar a penhora sobre o bem nomeado pelo credor terá que indicar outros bens para garantir a execução, mas a substituição apenas será deferida se esses novos bens forem de mais fácil realização que os substituídos. O credor não possui conhecimento da integralidade do patrimônio do devedor, podendo indicar bem que não seja o mais adequado para garantir a execução, por possuir o devedor outros de mais fácil realização. Assim, a substituição apenas poderá beneficiar o credor, por exigir que o devedor exponha seu patrimônio, e indique bem que atenda de forma mais adequada ao seu objetivo de receber o crédito da forma mais célere possível.

¹⁰ Entendemos que a reforma, nesse ponto, foi tímida, pois embora tenha afastado a necessidade de propositura de nova ação para iniciar-se a execução, continuou a exigir iniciativa do credor para através de requerimento inaugurar essa fase. Por isso, voltaremos à sua análise no item 5.1, propondo nova alteração.

4.3. Penhora realizada antes da intimação do devedor

O CPC permite, hoje, conforme se depreende da redação do seu art. 475-J, que se realize a penhora de bens do devedor aptos a garantir a execução antes que o mesmo seja intimado para, querendo, impugnar a execução.

Tal possibilidade mostra-se em consonância com os anseios de alcance da efetividade do processo de execução primeiro porque ao se penhorar bens do devedor sem que ele tenha sido previamente intimado diminui-se a possibilidade de ele, ante a iminente penhora, dissipar/ocultar seus bens. Segundo, porque inverte a ordem tradicional de primeiro se proporcionar defesa ao atingido pela penhora para apenas após executar-se. Na fase executiva não buscamos reconhecer o direito como devido, mas efetivá-lo na prática, pelo que apenas excepcionalmente essa fase será extinta de outra forma que não através da integral satisfação do credor. Logo, privilegia-se a maior possibilidade de obtenção do adimplemento do crédito através da imediata realização da penhora, em detrimento da oitiva da parte executada antes da sua feitura.

Essa técnica não prejudica a defesa do devedor, que apenas é diferida para momento posterior, e não suprimida. Logo, não se está aqui a defender que não deva existir contraditório em execução, pois ele sempre deve ser observado, inclusive em sede de execução, tal como garante o art. 5º. da Constituição Federal. Todavia, não podemos pretender que o contraditório na execução tenha a mesma extensão que possui na fase de accertamento, e que seja garantido sempre de forma prévia, sob pena de sacrificarmos excessivamente o credor que já demonstrou anteriormente ter razão, e também a efetividade do processo.

4.4. Indicação de bens à penhora pelo devedor e multa

O art. 652, parágrafo 3º., lido em conjunto com o art. 600, IV, ambos do CPC, consagrou dever de cooperação do executado no alcance da efetividade do processo de execução. Isso, porque instituiu a possibilidade de o juiz sempre que necessário e a qualquer tempo determinar a intimação do devedor para indicar bens à penhora, e permitiu a incidência de multa por ato atentatório a dignidade da justiça caso o devedor, uma vez

intimado para apresentá-los, deixar de fazê-lo no prazo de cinco dias (arts. 600, IV e 601 do CPC).

O art 600, IV do CPC, antes da reforma promovida pela Lei 11.382/06, já previa a possibilidade de considerar-se ato atentatório à dignidade da justiça a não indicação, pelo devedor, de bens sujeitos à execução. Todavia, a antiga redação não determinava a necessidade de intimação do devedor para apresentar bens a penhorar, nem estabelecia prazo para tanto.

A nova redação do art. 600, IV do CPC, ao estabelecer tanto o termo inicial e final do prazo para que o devedor coopere, como requisitos objetivos para a configuração do ato atentatório à dignidade da justiça, se mostra mais adequada para o alcance da efetividade do processo em comparação à anterior, que por não estabelecer critérios objetivos para a incidência da multa permitia que o juiz reconhecesse a sua incidência ou não frente a atitude do executado segundo seus próprios critérios, o que provocava via de regra a sua não aplicação e a diminuição do poder de coerção exercido pela norma sobre o executado.

Importante por isso ter-se em mente que apenas em se aplicando a multa prevista no art. 601 do CPC sempre que os critérios para tanto se configurarem objetivamente que tal dispositivo terá o condão de pressionar o devedor a cooperar. Primeiro, porque a lei não estabelece nenhum outro requisito, a não ser o de não indicar bens a penhora no prazo de cinco dias, desde que intimado o devedor com tal objetivo, para que a multa possa ser aplicada.

Depois, ao se exigir a comprovação, pelo exequente, de dolo do executado ao se furtar em cumprir a determinação jurisdicional fadaremos o dispositivo a tornar-se letra morta, e propiciaremos ao devedor mais uma oportunidade de não atender ao comando judicial e assumir atitudes que claramente são contrárias aos deveres de cooperação e lealdade processual, ante a prévia consciência da dificuldade da produção da prova de seu comportamento por parte do credor¹¹.

¹¹ Eduardo Cambi refere que “os comportamentos descritos no art. 600 do CPC extravasam o princípio da boa-fé objetiva, devendo ensejar a punição firme e segura, salvo se o executado, assumindo o seu ônus de provar, demonstre que seu comportamento não foi malicioso. Só assim o direito processual civil estará em consonância com os princípios éticos que regem o direito fundamental ao processo justo, sintetizado no art.

Dessa forma, temos que a alteração é bem vinda, todavia apenas será apta a auxiliar na tarefa de facilitar o encontro de bens para garantir a execução, ao ameaçar o devedor que não colaborar com a incidência de multa, caso a mesma seja efetivamente aplicada sempre que os requisitos objetivos para tanto se configurarem. Caso contrário, estaremos novamente diante de reforma realizada com a melhor das intenções, mas que não surtirá efeito nenhum na prática.

4.5. *Penhora on line*

A inclusão do art. 655-A ao CPC pela Lei 11.382/2006, permitindo a utilização da chamada penhora *on line*, acabou por positivizar prática já adotada por alguns juízes, e que se mostra extremamente efetiva no intuito de obter dinheiro para garantir seja a dívida executada paga ao credor, despendendo-se poucos recursos financeiros e pequeno lapso temporal para tanto.

Primeiro, porque ao determinar que, a requerimento do exequente, o juiz “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 a sua indisponibilidade, até o valor indicado na execução”, permite o uso de mecanismo célere para bloquear os ativos depositados em bancos, não concedendo tempo hábil para o devedor de má-fé retirar os recursos da aplicação financeira.

Segundo, porque evita inúmeros incidentes processuais que podem ter lugar quando a penhora recai sobre bem que necessita ser transformado em dinheiro a ser entregue ao credor, como por exemplo nomeação de depositário, avaliação, publicação de editais para que se realize leilão ou hasta pública, entre tantos outros que poderiam ser aqui listados, procedimentos estes caros e demorados.

Depois, também se mostra efetiva porque é via de desestímulo para a oposição de impugnação ou embargos à execução, pois ao ter o devedor certeza de que os recursos ficarão indisponíveis, terá ele um custo a mais para manter o litígio, sendo muitas vezes

5º., XXXV, da CF; afinal, de nada adiantaria promover o acesso à justiça se não fossem assegurados aos litigantes mecanismos capazes de coibir, com eficiência, a má-fé responsável pela morosidade e inefetividade da prestação jurisdicional”. CAMBI, 2007, p. 740.

melhor optar por pagar prontamente. É diferente, por exemplo, sentir assim que a penhora é realizada que não poderá movimentar o dinheiro constricto ao seu bel prazer, do que ter o imóvel onde mora penhorado, e continuar vivendo ali, sem prazo pré-determinado para que tenha que desocupá-lo.

Vimos, portanto, que a penhora *on line* possui inúmeras vantagens sobre a penhora que recair em bem outro que não dinheiro. E, em virtude da clara superioridade dessa forma de penhora para o alcance da pronta resolução do litígio, defendemos o entendimento de que ela deve ser deferida sempre que possível, independentemente da existência ou não de outros bens passíveis de penhora. Isso, porque o art. 655, I do CPC arrola como bens preferenciais sobre os quais deva recair a penhora “dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira”. Logo, mesmo que exista, por exemplo, automóvel registrado em nome do devedor, a penhora em dinheiro terá preferência, cabendo ao juiz fazer tal verificação.

Contra esse entendimento não pode ser levantado o argumento de que é o credor quem deve diligenciar para encontrar bens, não sendo essa tarefa do juiz. Ora, em virtude do sigilo bancário o exequente não tem, e nem deve ter, acesso a tais dados (restritos ao juiz), logo não há como exigir que o credor faça a busca por dinheiro a ser penhorado.

Depois, o juiz nesse caso não está simplesmente “ajudando” o credor, mas sim contribuindo para que o processo possa alcançar o seu fim com o menor esforço das partes e no menor tempo possível, e evitando que o devedor se proteja, se esconda atrás do escudo chamado sigilo bancário para furtar-se do pagamento de suas dívidas¹².

Por fim, frisa-se que a penhora *on line* não pode ser taxada de inconstitucional por implicar em quebra de sigilo bancário. De acordo com o art. 655-A, parágrafo 1º. do CPC “as informações limitar-se-ão à existência ou não de depósito ou aplicação até o valor indicado na execução”, ou seja, o juiz não terá conhecimento do valor total das

¹² Miguel Teixeira de Sousa, ao analisar possibilidade de consulta de dados do executado em Portugal, refere que “o interesse do exequente em obter a satisfação do seu crédito prevalece sobre o interesse do executado em manter reserva sobre alguns aspectos da sua vida privada. É isso que justifica que possam ser solicitadas pelo agente de execução, embora após a obtenção da devida autorização judicial, informações que constam de dados confidenciais relativos ao executado (cfr. art. 833º, nº. 3) e é também isso que explica que o sigilo bancário não possa constituir impedimento à penhora de depósitos bancários do executado (cfr. art. 861º-A)”. SOUSA, 2004, p. 28.

aplicações/depósitos que existem em nome do devedor, mas apenas se existe ou não valores pertencentes ao executado aptos a garantir a execução¹³.

Dessa forma, temos como positiva a reforma que positivou o instituto da penhora *on line*. Todavia, outras reformas ainda se fazem necessárias nesse ponto, pelo que voltaremos a abordá-lo no item 5.4.

4.6. Embargos recebidos em regra apenas no efeito devolutivo

De acordo com a redação original do art. 739, parágrafo 1º. do CPC, os embargos à execução deveriam ser recebidos, via de regra, em ambos os efeitos: devolutivo e suspensivo. Partia-se do pressuposto que uma vez garantida a execução pela penhora o pagamento ao credor estaria protegido, logo nada impedia que a mesma fosse obstada até que a defesa do devedor fosse apreciada.

Ocorre que tal entendimento acabou por favorecer a chicana processual, visto que mesmo embargos claramente protelatórios suspendiam a execução. Dessa forma, o uso abusivo do direito de defesa, apenas com o intuito de postergar o desfecho final do processo, se tornou generalizado.

Essa realidade motivou a realização de alterações no CPC nesse ponto pelas leis 11.232/05 e 11.382/06, sendo que hoje a regra é o recebimento da defesa do executado apenas no efeito devolutivo, seja em sede de execução por título judicial (art. 475-M do CPC), seja execução que tenha por lastro título executivo extrajudicial (art. 739-A do CPC). O efeito suspensivo apenas poderá ser concedido excepcionalmente pelo juiz nos casos em que o prosseguimento da execução causar manifesto prejuízo ao executado de difícil ou incerta reparação (arts. 475-M e 739-A parágrafo 1º do CPC), além de exigir-se prévia segurança do juízo para que o efeito suspensivo possa ser deferido, mesmo nessas circunstâncias.

¹³ Interessante referir que o Tribunal Constitucional Espanhol, em julgamento sobre o assunto, firmou entendimento no sentido de que quando o sistema normativo autoriza o uso de informações sigilosas para fins legítimos não ocorre a vulneração da proteção constitucional da dignidade da pessoa humana, que deve ser interpretada em conjunto com outros direitos que a própria constituição reconhece (STC 143/1994, 9 mayo 1994).

Ao assim proceder, se privilegiou a confiança no título executivo, visto que a simples interposição de defesa do executado não obsta o prosseguimento da execução. Ademais, visou-se atender ao princípio da duração razoável do processo (art. 5º., LXXVIII da CF), abreviando o seu tempo total de duração, pois não é mais necessário aguardar o desfecho final determinando o acolhimento ou não da defesa do executado (o que pode levar anos) para se realizar os atos tendentes à efetivação da execução, que podem inclusive englobar atos de alienação dos bens penhorados, em se tratando de execução definitiva.

5. REFORMAS A SEREM REALIZADAS

Ante o objetivo de proporcionarmos o alcance da efetividade do processo de execução, nos termos indicados no item 3 desse trabalho, propomos a seguir algumas reformas em nossa legislação processual, tendo por referência os modelos adotados na Espanha e em Portugal, bem como impressões de nosso próprio modelo, ressaltando desde já que são apenas sugestões pontuais, que seguramente não esgotam o tema.

5.1. Cumprimento de ofício das sentenças condenatórias

O art. 475-J do CPC, embora tenha afastado a necessidade de propositura de nova ação para obter-se o cumprimento de títulos executivos judiciais, não concretizou completamente o ideal de um processo sincrético, haja vista continuar a exigir requerimento da parte interessada para que tenha início a fase executiva¹⁴.

Entendemos que a reforma foi tímida nesse ponto, pois ao se determinar que a execução de sentença não é processo autônomo, mas sim fase de um processo único que engloba atos de accertamento e atos de execução, não existe justificativa para não se permitir a imediata continuidade do ofício jurisdicional, após o trânsito em julgado da sentença, com

¹⁴ Humberto Theodoro Júnior lembra que não existe “lugar para separar a condenação da execução, quando o que se reclama da jurisdição é a sanção. As atividades de cognição e execução fundem-se indissolúvelmente na figura maior e unitária da tutela do interesse violado e que só pode ocorrer quando, além da certeza oficial do direito violado, há também a sua satisfação coativa através do processo”. THEODORO JÚNIOR, 2006, p. 238.

a tomada de atos necessários à obtenção do cumprimento da decisão, sem que para isso seja necessário requerimento expresse do credor.

Isso, porque ante a reforma operada o requerimento elaborado na petição inicial pelo autor não estará limitado ao pedido de condenação ao pagamento, englobando também o pedido de realização dos bens, ou seja de cumprimento da condenação¹⁵. Além disso, o interesse do credor na obtenção do cumprimento da sentença é implícito, pois de nada adianta ao mesmo a obtenção de decisão favorável, se ela não for apta a alterar o mundo dos fatos.

Ademais, não prospera a alegação de que a determinação de ofício de atos executivos, após o trânsito em julgado da sentença, rompe o sistema dispositivo por nós adotado pois o juiz, ao assim agir, apenas impulsionaria o desenvolvimento do processo, o que definitivamente não corresponde a provocar o início de processo de execução de ofício.

Assim, propomos a reforma da legislação nesse ponto, para permitir que o juiz dê início a fase de execução de sentença assim que a mesma transite em julgado, determinando independentemente de pedido do credor a realização de penhora, a intimação do devedor, entre outros atos executivos que se mostrem necessários, posto que é sua função tanto impulsionar o processo para que a fase de conhecimento chegue ao seu fim como para obter o cumprimento da decisão proferida.

Por fim, importante apenas ressaltar que a alteração proposta, além de estar em consonância com o sistema processual brasileiro, conforme demonstrado, atende ao sentido hoje dado ao processo, reconhecendo-se que ele não atinge seu fim com o trânsito em julgado da sentença, havendo necessidade de complementação pela execução para que o direito requerido na petição inicial reste plenamente atendido¹⁶.

5.2. Despacho inicial da execução

Todos os que atuam na prática forense verificam que o juiz, em regra, ao despachar a execução, limita-se a determinar a citação ou intimação do executado. Ante tal fato, não

¹⁵ Ver sobre o assunto MACHADO, 2004, pp. 236/237.

¹⁶ THEODORO JÚNIOR, 2007, p. 116.

existe *ab initio* definição sobre as medidas a serem tomadas para fins de penhora, análise de legitimidade, entre outros, mesmo que a atual legislação faculte a realização da penhora inclusive antes de ouvido o executado (art. 475-J do CPC) no caso de execução por título executivo judicial.

Para enfrentar o problema de não se estabelecer as diretrizes a serem seguidas na execução pelo juiz quando do seu início, a lei espanhola transformou o despacho inicial da execução em ato formal e obrigatório, devendo atender vários requisitos indicados pela lei (art. 553 da *Ley de Enjuiciamiento Civil*), como identificar o devedor, fixar o valor pelo qual ele despacha a execução, quais as medidas a serem adotadas para se localizar bens passíveis de penhora, ou as medidas executivas a serem realizadas desde já.

Seria interessante a adoção, pela lei brasileira, de dispositivo semelhante ao da legislação espanhola para, com isso, tornar corrente o uso de um adequado “despacho saneador” na execução que imponha diretivas e afaste desde o início discussões que se prolongam por todo o processo, obrigando o juiz a ir além do tradicional “cite-se” ou “intime-se”.

Ademais, disposições claras sobre como se procederá a penhora, bem como, no caso de o credor não indicar bens a serem penhorados na inicial, a forma como os bens de propriedade do executado serão buscados facilitam o alcance do cumprimento efetivo da decisão que se quer executar, pois as partes já estarão cientes de como o processo se desenvolverá.

5.3. Registro informatizado de execuções

Foi determinada, em Portugal, a obrigatoriedade de ser mantido um rol de processos de execuções pendentes e informações acerca das mesmas, sendo esse sistema alimentado pela secretaria de execução.

A lei, ao regular esse registro, exige sejam informados os seguintes dados: *i*) identificação do processo; *ii*) identificação do agente de execução; *iii*) identificação das partes; *iv*) pedido, indicando o que se busca e o montante que se busca, ou ainda a coisa ou

prestação que se quer; *v*) bens indicados para penhora; *vi*) bens efetivamente penhorados, com indicação de data e hora da penhora e também informações sobre a adjudicação ou venda dos mesmos; *vii*) identificação dos créditos reclamados; *viii*) dados sobre a forma de extinção do processo, se com pagamento parcial, pagamento integral ou se o processo foi suspenso por falta de bens penhoráveis, *ix*) rol de execuções findas ou suspensas.

Essa providência se mostra extremamente útil, primeiro porque ao se analisar o cadastro se terá dados estatísticos que mostrarão exatamente quais os pontos de estrangulamento do processo, bem como quais os institutos que prestam celeridade ao mesmo. Também se terão informações sobre o próprio devedor, seus bens, execuções prévias que foram encerradas sem o pagamento integral, entre outros dados, o que evita diligências inúteis. Além disso, o registro permite que se obtenha, prontamente, um resumo da situação do processo de execução.

O próprio Ministério da Justiça de Portugal, ao editar o decreto-lei 201/2003 que regula o registro de dados de execuções, afirma que o mesmo foi criado “com o intuito de evitar o impulso processual que venha a revelar-se improfícuo, mas sobretudo de agilizar a fase processual da penhora, conferindo-lhe maior eficácia”, sendo que o art. 1º do referido decreto lei afirma ter o registro a finalidade de criar “mecanismos expeditos para conferir eficácia à penhora e à liquidação de bens”¹⁷.

Uma vez verificada sua importância, principalmente no que tange à formação de um banco de dados confiável, propomos a adoção de um sistema de registro informatizado dos processos pelo Judiciário brasileiro, a semelhança do já implementado pelo Judiciário português. Apenas necessária uma ressalva: seria também importante incluir, nesse banco de dados, informações sobre a interposição ou não de oposição e o resultado da mesma, bem como de recursos e seus resultados, a fim de termos um banco de dados realmente completo.

Vale ressaltar, entretanto, que a consulta a esses dados apenas é facultada a pessoas previamente determinadas (art. 807 CPC português), o que evita o seu uso para fins meramente “especulativos”, já que ele não é uma espécie de “sistema de proteção ao

¹⁷ Legislação disponível no site www.iapmei.pt. Consulta em 11.06.2007.

crédito”, mas sim um instrumento facilitador do desenvolvimento do trabalho dentro do próprio Poder Judiciário.

5.4. Impenhorabilidades

O sistema de impenhorabilidades é desenvolvido com o intuito de, afastando alguns bens da sujeição à execução, proteger a dignidade do executado. Nesses casos específicos se considera mais importante evitar que o devedor seja reduzido a situação indigna em decorrência da execução do que garantir tutela ao credor e, por consequência, ao próprio crédito.

No Brasil, todavia, temos um sistema de impenhorabilidade que, sob o argumento de proteger a dignidade da pessoa humana, acaba por proteger o mal pagador ou os mais abastados. Para confirmar a veracidade dessa afirmação faremos a análise dos efeitos da impenhorabilidade absoluta de salários (exceção existente apenas para pagamento de crédito alimentar), impenhorabilidade de valor correspondente até 40 salários mínimos depositados em caderneta de poupança e impenhorabilidade do bem de família, todas garantidas pela legislação brasileira.

No que tange à impenhorabilidade de salários, houve tentativa de afastar a proteção legal sobre a sua integralidade através da inclusão de um parágrafo 3º. ao art. 649 do CPC pela Lei 11.382/06, para permitir a penhora de até 40% do valor recebido mensalmente acima de 20 salários mínimos líquidos (descontados os valores devidos a título de imposto de renda retido na fonte, contribuição previdenciária oficial e outros descontos compulsórios). Tal previsão acabou sendo vetada pelo Presidente da República sob os fracos argumentos de que tradicionalmente no Brasil se protegeu via impenhorabilidade a verba salarial, e que para operar essa alteração, ante a tradição, necessária maior discussão junto à comunidade em geral, bem como no seio da comunidade jurídica.

Tais argumentos são incongruentes inclusive com a exposição de motivos da lei, onde o Ministro da Justiça Márcio Thomaz Bastos, no item 12 daquele documento, consignou que “com o objetivo de propiciar o mais amplo debate no concernente a um melhor processo de execução, vale mencionar que as normas a seguir expostas foram

durante dois anos debatidas no Instituto Brasileiro de Direito Processual, e posteriormente no Ministério da Justiça, bem como submetidas à crítica dos processualistas e dos operadores do processo; assim, foram bem cumpridas as etapas de reflexão e críticas necessárias a uma tomada de posição sobre assunto de tanto interesse, principalmente interesse prático, na defesa dos direitos invocados em juízo”.

E, uma vez existente Projeto de Lei que obteve aprovação tanto pela Câmara dos Deputados como pelo Senado Federal pressupõe-se conhecimento do seu conteúdo pela comunidade em geral¹⁸.

Assim, ante as fracas razões que justificaram o veto, mister nova análise do assunto, a fim de reformularmos nossa legislação para permitir, ao menos em parte, a penhora de salários.

Inicialmente, ressaltamos que apenas ante a análise do caso concreto é possível afirmar que a penhora de verbas salariais afetará a dignidade da pessoa humana. Primeiro, porque na hipótese de o devedor ter ganhos pessoais superiores ao que auferem a maior parte da população do país, dar ao juiz o poder de dispor de parcela do mesmo para garantir o pagamento de dívidas assumidas livremente por ele não atenta contra a sua dignidade¹⁹, se essa penhora recair sobre parte do salário que segundo critérios próprios são considerados não alimentares, ou seja, rendimentos que, ante a realidade social de cada país, não são imprescindíveis para que o executado mantenha uma vida digna.

Além disso, ao se determinar a impenhorabilidade absoluta das verbas salariais podemos da mesma forma afetar a dignidade do credor que, como pessoa humana que é, pode enfrentar dificuldades justamente porque o devedor não honra suas dívidas, afastando com isso a premissa que justifica a proteção instituída pela impenhorabilidade, qual seja

¹⁸ SILVA, 2007, p. 107.

¹⁹ Bruno Dantas Nascimento e Marcos Antônio Kohler, ao analisar a diferença de rendimentos existente na sociedade brasileira, afirmam que diante de tamanha desigualdade “não é possível, por mero golpe retórico, igualar no mesmo conceito abstrato – salários – rendas que estejam na base da pirâmide de renda e outras que estejam nos grupos que compõem os percentis mais ricos da sociedade. Parece evidente, pois, que não faz sentido econômico a inexistência de qualquer restrição ou limite à impenhorabilidade de salários no Brasil, pois como o padrão de renda da população é muito baixo, as regras irrestritas de impenhorabilidade acabam por criar privilégios para devedores abastados, subvertendo a lógica da proteção da dignidade da pessoa humana”. NASCIMENTO, 2007, p. 448.

proteger a dignidade do executado, já que a dignidade do exequente merece o mesmo respeito e proteção.

Ademais, permitir-se a penhora de salários tem fator educativo. Primeiro, porque o devedor sente a cada mês seus vencimentos não serem “pagos integralmente”, logo passa a refletir melhor antes de assumir dívidas que de antemão pode prever que não conseguirá pagar. Segundo, porque obriga o devedor a adequar sua vida ao quanto ganha, gastando apenas o que pode.

Assim, analisando-se a situação financeira tanto do exequente como do executado, o valor da dívida e o valor recebido a título de salário pela maioria da população brasileira, podemos concluir que nem sempre haverá ofensa à dignidade da pessoa ao se constituir penhora de salários. Logo, a afirmação genérica de sua proteção não pode ser utilizada de escusa para não a facultarmos.

Dessa forma, mister alterarmos nossa legislação, a fim de permitir penhora de parte do salário que não seja estritamente alimentar, tomando-se em consideração o valor apto a garantir a dignidade da pessoa humana dentro da realidade brasileira, ou seja de acordo com os rendimentos percebidos pela maioria dos cidadãos brasileiros²⁰.

Tal providência evita que os cidadãos sejam expostos a situações vexatórias em decorrência da penhora sobre salários reduzi-los à insolvência, e ao mesmo tempo exclui da proteção da norma aqueles que recebem valores bem acima do que a maioria da população brasileira em geral (que, embora não seja suficiente para atender todos os direitos constitucionalmente garantidos, possibilita a sobrevivência dessa parcela da população), evitando-se que esses fiquem indevidamente protegidos sob o manto de uma norma cuja aplicação nesse caso seria desvirtuada de sua intenção inicial

Por fim, refere-se que a possibilidade de penhorar-se parte dos salários atende tanto a ordem legal de preferência instituída pelo art. 655 do CPC, que refere que a penhora deverá recair, em primeiro lugar, sobre dinheiro, bem como proporciona tutela adequada do

²⁰ Indicamos a leitura do artigo de Bruno Dantas Nascimento e Marcos Antônio Kohler denominado *Aspectos jurídicos e econômicos da impenhorabilidade de salários no Brasil: contribuição para um debate necessário*, p. 440/464, que indica a forma como, economicamente, se determinaria o valor que, ante a realidade brasileira, seria o apto a garantir a “dignidade da pessoa humana” para fins de impenhorabilidade dos salários.

direito do credor, ao tornar mais fácil o recebimento do valor correspondente ao crédito executado.

Outra impenhorabilidade que não pode subsistir em nossa legislação, exigindo o seu afastamento por reforma, é a de valores depositados em caderneta de poupança até o valor de 40 salários mínimos. Claro é que as pessoas que poupam via caderneta de poupança são as menos favorecidas no universo de investidores, todavia tal argumento não é suficiente para afastar sua responsabilidade pelo pagamento das dívidas que voluntariamente contraíram.

Ora, se o devedor possui reserva financeira deve com ela honrar suas dívidas, não havendo razão nenhuma para se promover a proteção desses valores em detrimento do direito do credor de receber tutela adequada do seu direito.

Dessa forma, propomos a revogação do inciso X do art. 649 do CPC ou que, ao menos, seja a impenhorabilidade reduzida ao limite de um salário mínimo, que embora na prática saibamos que não é suficiente para uma pessoa viver dignamente, é o valor fixado pelo governo como apto para tanto, e tomado por base para o pagamento de grande parte dos trabalhadores em nosso país, onde 70% da população ativa recebe até 3 salários mínimos²¹.

Dentro do mesmo espírito de proteção à dignidade do executado, atribui-se peso de dogma à impenhorabilidade do bem de família, tanto que vetada pelo Presidente da República a proposta de limitar tal impenhorabilidade a imóveis cujo valor fosse correspondente a até mil salários mínimos (art. 650, parágrafo único do CPC – Lei 11.382/06).

Todavia, tal entendimento não se justifica, pois se está a proteger não a dignidade da pessoa humana através dessa norma, mas sim que grandes fortunas se escondam atrás de “impenhorabilidades”. Ora, imóveis cujo valor seja superior a R\$ 465.000,00 (valor correspondente, em julho/09, a 1.000 salários mínimos), que ficariam desprotegidos ante a inclusão do parágrafo vetado, pertencem a parcela diminuta da população, que se pressupõe

²¹ Dados obtidos em NASCIMENTO, 2007, p. 449.

possua numerário para saldar suas dívidas, todavia deliberadamente não as pagam em virtude da certeza de que seu patrimônio não poderá ser atingido pela penhora.

Bruno Dantas Nascimento e Marcos Antônio Kohler, ao confrontar análises econômicas com a impenhorabilidade de salários no Brasil, que pode ser tranqüilamente aplicada à impenhorabilidade do bem de família, afirmam com muita propriedade que

a investigação econômica tem importância exatamente para constatar, por meio de dados estatísticos, de forma empírica, quais são os padrões de vida mínimo, médio e mediano prevalentes em uma dada sociedade. Obtidas essas informações, é possível afirmar com segurança que as limitações políticas à atividade executiva que ignoram a realidade social, no fundo, sofrem de anacronismo e, na verdade, acabam por proteger quem não deveria ser beneficiário da aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana à execução forçada²².

Dessa forma, propomos seja incluída disposição em nossa legislação processual permitindo a penhora do bem de família, preservando a impenhorabilidade apenas do valor que permita adquirir novo imóvel correspondente àqueles onde vive a maioria da população brasileira. Necessário, para tanto, seja estabelecido um valor adequado para essa moradia protegida pela impenhorabilidade, pois o que deve a lei garantir é somente e nada mais que a impenhorabilidade de moradia digna de acordo com os padrões nacionais.

5.5. Ordem de realização da penhora

Dois pontos merecem análise sob a rubrica ordem de penhora. Em primeiro plano, mister referir que o CPC confere ao credor a possibilidade de indicar bens à penhora no requerimento executivo, conforme dispõem o parágrafo 3º. do art. 475-J (títulos judiciais) e o art. 652, parágrafo 2º. (referente à execução baseada em títulos extrajudiciais).

Claro é que o exequente irá indicar, se o fizer (é faculdade e não obrigação tal indicação por parte do credor), bens que tenha prévio conhecimento serem de propriedade

²² NASCIMENTO, 2007, p. 444.

do devedor. Todavia, como já referido no item 3.5, em virtude da existência do sigilo bancário e fiscal, será quase impossível que o credor indique dinheiro ou contas bancárias de propriedade do devedor para serem penhoradas, pois possivelmente não tenha conhecimento da existência das mesmas e, se o tiver, não haverá a possibilidade dele realizar consulta a fim de verificar o saldo existente nas mesmas.

Depois, temos que analisar a disposição do art. 655 do CPC. Tal artigo de lei determina uma ordem de realização de penhora, que por expressa disposição será observado preferencialmente, e não obrigatoriamente. De qualquer forma, o primeiro bem listado é dinheiro em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira, sendo essa escolha óbvia, visto que se o credor quer obter dinheiro, nada melhor do que penhorar justo o bem que se quer alcançar, pois se afasta com isso a necessidade de realização dos bens, que se sabe é lenta, cara e no mais das vezes infrutífera.

Diante dessa aparente contradição – credor indicar bens a penhora no requerimento inicial de execução, com a probabilidade de não indicar dinheiro, que é primeiro bem na ordem de preferência, por possivelmente desconhecer a sua existência, impõe-se o entendimento de que a nomeação realizada pelo credor deve ser tomada como meramente indicativa. Não se pode admitir que, apenas por não ter acesso aos dados protegidos pelo sigilo bancário, o credor se veja privado de obter penhora sobre dinheiro.

Portanto, impõe-se seja determinado que o juiz, obrigatoriamente, antes de realizar a penhora sobre quaisquer outros bens, verifique a existência de dinheiro em depósito ou aplicação junto a instituições financeiras, pois apenas assim a penhora sempre recairá preferencialmente sobre dinheiro, mesmo que existam outros bens passíveis de garantir a execução.

Tal entendimento se justifica em virtude da grande vantagem que a penhora sobre dinheiro oferece com relação a qualquer outro bem que possa ser penhorado, por mais fácil que seja a sua realização, contribuindo assim em muito com a possibilidade de se alcançar uma rápida conclusão da fase executiva, com real atendimento do pleito do exequente.

Comentando a reforma operada em nosso CPC, Eliane Harzheim Macedo pontua que

pecou o texto normativo do art. 655-A quando viabiliza a penhora pelos meios eletrônicos apenas preferencialmente. A realidade forense enfrentada pelos diversos tribunais locais quanto à utilização de sistemas informatizados abrangentes e seguros, o que é de lamentar, ainda não autoriza um texto impositivo, a exigir de forma compulsória de cada foro a adoção do sistema informatizado. Contudo, a determinação poderia ter vindo em termos mais pungentes, colocando como regra a penhora de dinheiro pelos meios eletrônicos, excetuando as comarcas que ainda não dispusessem de recursos para tanto ou outras situações pontuais, a critério do julgador²³.

Isso não significa dizer que a identificação de bens realizada pelo exequente não seja importante: em não havendo saldo bancário a ser penhorado, as indicações do mesmo serão de extrema utilidade para se alcançar a garantia da execução através da penhora.

Por tais razões, necessário seja o CPC modificado a fim de determinar a obrigatoriedade de se realizar, preferencialmente, a penhora *on line* sobre dinheiro, penhorando-se outros bens apenas no caso de não serem encontrados recursos suficientes para garantir o valor executado nas contas bancárias do executado, potencializando-se com isso os efeitos benéficos da adoção de tal instituto perante o nosso sistema executivo²⁴.

Importante por fim fazer referência ao art. 620 do CPC, que consagra o princípio da menor onerosidade da execução, o que significa dizer que quando houver vários meios através dos quais possa o credor promover a execução, deverá ela recair sobre o modo menos gravoso. Poder-se-ia argumentar que, ante tal dispositivo, a penhora recair diretamente sobre dinheiro do devedor significa realizar a execução de forma gravosa para o devedor, se ele tiver outros bens para oferecer à penhora.

Todavia, mister entendermos que esse dispositivo não protege o devedor em todas as situações, e não afasta a possibilidade de serem tomadas todas as medidas necessárias

²³ MACEDO, 2007, p. 465.

²⁴ Ressalta-se que existe entendimento doutrinário que defende a possibilidade desse entendimento ante a atual redação do art. 655, I do CPC, ou seja, independentemente de reforma – ver sobre o assunto MARINONI, 2007, pp. 266 e seguintes. Todavia, mesmo em sendo possível tal interpretação, interessante da mesma forma proceder-se à alteração legislativa para prever expressamente ser dever do juiz a análise da existência de dinheiro em conta titularizada pelo devedor, a fim de evitar discussões jurisprudenciais sobre a matéria, e conseqüentemente a necessidade de utilização de incidentes e recursos variados para obter-se, na prática, essa autorização.

para o alcance do cumprimento da obrigação que se está a buscar cumprimento sob o argumento da menor onerosidade, visto que ele deve ser obrigatoriamente analisado em conjunto com o princípio da efetividade e da garantia constitucional de prestar a quem tem razão tutela adequada de seu direito.

Dessa forma, o princípio da menor onerosidade apenas deve ser aplicado quando, garantindo a mesma presteza no recebimento do crédito pelo credor, a execução puder ser realizada de mais de uma maneira. Apenas nesse caso tal princípio deverá ser utilizado, já que ele não existe isoladamente, mas apenas quando puder ser coordenado com o princípio da efetividade da execução.

Ademais, é sempre necessária a lembrança do quanto disposto no art. 612 do CPC, que afirma categoricamente que a execução é realizada no interesse do credor. Assim, a execução deve ser realizada da forma menos gravosa para o devedor, mas sempre com o fito de atender ao interesse do credor.

5.6. Adjudicação

Através da inclusão dos arts. 685-A e 685-B ao CPC, a adjudicação passou a poder ser requerida mesmo antes de realizar-se a venda pública (leilão ou hasta pública), ao contrário do que ocorria antes da reforma, em que apenas se não houvesse sido arrematado o bem poderia o credor requerer a sua adjudicação.

Dessa forma, mudou-se o foco de preferência, concedendo-se prioridade à adjudicação sobre a venda do bem, que apenas terá lugar ante o insucesso da primeira. Essa opção foi justificada inclusive na exposição de motivos da Lei 11.382/2006, onde restou consignado que a alienação em hasta pública se mostrava no mais das vezes ineficaz para o alcance da venda satisfatória do bem penhorado, por valor que atendesse ao esperado, logo a tentativa de, ao se privilegiar a adjudicação, alcançar-se ao menos o pagamento do correspondente ao valor da avaliação.

Certo é que o legislador, ao assim proceder, já deu um primeiro passo para permitir que a adjudicação passe a ser mais utilizada como forma de pagamento ao credor. Ademais,

não há dúvidas de que a alteração realizada está de acordo com o intuito de tornar o processo mais efetivo, já que a adjudicação prévia à venda pública do bem evita a necessidade de serem expedidos editais a anunciando, bem como a sua própria realização, o que certamente implica tanto em economia processual, afastando a propositura de inúmeros incidentes que poderiam ter lugar nessa fase, bem como se evitam gastos altos para a realização desse procedimento, que no mais das vezes se mostra infrutífero para o alcance de venda dos bens penhorados por preço adequado.

Todavia, poderia ter ido o legislador mais além, permitindo que, uma vez ocorrido leilão ou hasta pública sem que houvesse licitantes, pudesse o bem ser adjudicado pelo devedor por valor inferior ao da avaliação. Tal possibilidade seria um estímulo para o devedor que não concorreu como licitante poder ficar com o próprio bem penhorado como forma de pagamento, todavia desembolsando valor correspondente àquele mínimo que poderia ser pago pelo licitante, qual seja um valor que não possa ser considerado irrisório.

A título de comparação, a lei espanhola permite a adjudicação, caso não tenha havido licitantes, pelo correspondente a 30% do valor da avaliação (art. 651 da *Ley de Enjuiciamiento Civil*) tratando-se de bens móveis, e 50%, se o bem que se quer adjudicar for imóvel (art. 671 da mesma lei).

O diploma processual espanhol prevê, ainda, que se no prazo de 20 dias a adjudicação não for requerida pelo credor levantar-se-á a penhora que recaia sobre o bem, previsão que também deveria constar da lei brasileira, a fim de se incentivar o encerramento definitivo dos litígios quando a realidade já demonstrou que não será possível obter-se situação melhor que a adjudicação por esses valores.

Alguns poderiam argumentar que essa proposta atentaria contra o direito do devedor de obter um preço razoável pelo bem de sua propriedade que está penhorado. Todavia, importa lembrar que nada impede o devedor de, ante a possibilidade de adjudicação do bem pelo credor em tais termos, simplesmente depositar o valor devido e com isso afastar a penhora que recai sobre o mesmo, e por conseqüência a possibilidade de o credor adjudicá-lo por tais valores.

6. BREVES CONCLUSÕES

Ante a análise por nós realizada no decorrer do trabalho, concluímos que após a necessidade de se buscar dados estatísticos, pelos motivos antes apontados, mister termos a consciência de que é necessário, para que o processo (fase) de execução alcance seus escopos, conceder sempre maior proteção ao próprio crédito, independentemente de quem seja o credor ou o devedor.

Estamos falando em execução, quando se pressupõe que ou a situação já foi acertada perante um juiz, ou está documentada de tal forma que a lei pressupõe ser possível, com base naquele documento, invadir a esfera patrimonial do réu. Nessa fase, é o crédito que deve ser protegido. Sem a consciência desse fato não conseguiremos ter execução efetiva.

Ora, a importância de se garantir efetiva proteção ao crédito é sentida não só pelo credor no processo, mas pela economia como um todo, tanto que um dos dados analisados pelo Banco Mundial para determinar a escala de países onde existe facilidade para a realização de negócios é justamente a sua capacidade de garantir o cumprimento de contratos. A aferição dessa capacidade é feita através da contagem do número de procedimentos a serem adotados desde o requerimento de pagamento judicial até o efetivo adimplemento, o número de dias gastos para tanto, bem como o custo desse procedimento²⁵.

Em se garantindo o cumprimento das obrigações de forma efetiva, ou seja, com a exigência de um mínimo de procedimentos, dentro de prazo razoável e ao menor custo possível, se estará não apenas beneficiando o credor daquele processo, mas também a economia como um todo, o que significa reflexo na facilidade de concessão de créditos, possibilidade de se premiar bons pagadores com juros menores, entre outros inúmeros benefícios que podem ser alcançados.

²⁵ Dados disponíveis no site www.doingbusiness.org/exploretopics/enforcingcontracts. Consulta em 08.06.2007.

Assim, esperamos que as normas alteradas pela reforma que elencamos como aptas a auxiliar na tarefa de alcançar-se uma execução efetiva se mostrem, na prática, realmente adequadas, e que as sugestões realizadas também permitam o alcance desse desiderato.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O futuro da justiça: alguns mitos*. Revista de Processo no. 102, abr-jun. 2001, pp. 228/238.

CAMBI, Eduardo. *Apontamentos sobre a reforma da execução de títulos extrajudiciais (lei 11.382, de 06.12.2006)*. In SANTOS, Ernani Fidélis dos *et. alli.* (coord.). *Execução Civil: Estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pp. 732/756.

IRANZO, Virgínia Pardo. Principales innovaciones de la nueva LEC en materia de ejecución. Disponível em www.uv.es, consulta em 12.04.2007.

JORGE, Mario Helton. *Cumprimento da sentença – execução por quantia certa: em busca da efetividade da prestação jurisdicional*. In SANTOS, Ernani Fidélis dos *et. alli.* (coord.). *Execução Civil: Estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pp. 235/240.

MACEDO, Elaine Harzheim. *Penhora on line: uma proposta de concretização da jurisdição executiva*. In SANTOS, Ernani Fidélis dos *et. alli.* (coord.). *Execução Civil: Estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pp. 465/475.

MACHADO, Fábio Cardoso. *Jurisdição, condenação e Tutela Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NASCIMENTO, Bruno Dantas, KOHLER, Marcos Antônio. *Aspectos jurídicos e econômicos da impenhorabilidade de salários no Brasil: contribuição para um debate necessário*. In SANTOS, Ernani Fidélis dos *et. alli.* (coord.). *Execução Civil: Estudos em*

homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pp. 440/464.

SILVA, Jaqueline Mielke *et. alli.* *A nova execução de títulos executivos extrajudiciais.* Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007.

SOUSA, Miguel Teixeira. *A reforma da acção executiva.* Lisboa: Lex, 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. Insuficiência da reforma das leis processuais.* Revista síntese de direito civil e processual civil no. 36, jul-ago 2005, pp. 19/37.

_____. *O cumprimento da sentença e a garantia do devido processo legal.* 2ª. ed., Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

_____. *As novas reformas do Código de Processo Civil.* Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. *A reforma da execução do título extrajudicial.* Rio de Janeiro: Forense, 2007.

YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. *Execução por título judicial e a duração razoável do processo: as reformas serão frutuosas?* In SANTOS, Ernani Fidélis dos *et. alli.* (coord.). *Execução Civil: Estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pp. 57/79.

**APELAÇÃO SEM EFEITO SUSPENSIVO: EXECUÇÃO PROVISÓRIA
COMO REGRA**

***APPEAL FOR THE REVERSAL OF A TRIAL-COURT DECISION WITHOUT
SUSPENSIVE EFFECT: PROVISIONAL ENFORCEMENT AS A RULE***

Isabela Lessa de Azevedo Pinto Ribeiro

*Mestre em Direito Processual pela Universidade
Católica de Pernambuco. Professora de Processo Civil
da Faculdade Christus – Fortaleza – CE. Advogada.*

João Luiz Lessa de Azevedo Neto

*Bacharelado em Direito pela Faculdade de
Direito da Universidade Federal de Pernambuco.
Bolsista de Iniciação Científica do CNPq-PIBIC-
FACEPE.*

RESUMO: O arcabouço constitucional do processo exige uma ponderação constante entre tempo razoável e segurança jurídica para uma tutela jurisdicional justa. No Brasil, a regra é o duplo efeito da apelação, sendo a produção imediata dos efeitos da sentença uma exceção. Objetiva-se perquirir se a execução provisória, que permite a fruição da decisão favorável, como exceção adstrita às hipóteses legislativas não poderia ser regra. Isso, não necessariamente importaria em descuido com o direito do executado à segurança jurídica, pois o exequente é responsável objetivamente pelos danos processuais que possam prejudicar a outra parte e deve caucionar o juízo nos casos previstos em lei. Permitir ao credor a satisfatividade imediata da pretensão reconhecida em decisão sobre a qual paira recurso é uma forma de se garantir a efetividade da prestação jurisdicional, basta que não haja um descuido da segurança jurídica e dos interesses do executado.

PALAVRAS-CHAVE: Apelação sem efeito suspensivo. Execução provisória. Celeridade processual. Efetividade da prestação jurisdicional.

ABSTRACT: The constitutional influence on civil process requires a ponderation of reasonable duration of process and the right of a fair hearing in order to achieve justice. In Brazil, as a rule, appeal for the reversal of a trial-court decision is received in the double effect, and only exceptionally the trial-court decision produces immediately its effects. The provisional enforcement is restricted to the legal hypotheses, however it could become the rule and not mean any offence to the rights of the executed, as the suitor is directly responsible for any proceedings damage and he should give guarantees in order to proceed the provisional enforcement in some legal situations. To allow the creditor immediate satisfaction of his intention based on a non final decision is a way to guarantee the efficiency of the judicial relief, but judicial certainty and the rights of the defendant cannot be neglected.

KEYWORDS: Appeal for the reversal of a trial-court decision without suspensive effect. Provisional enforcement. Processual celerity. Efficiency of the judicial relief.

INTRODUÇÃO

O processo civil, em uma perspectiva privatística, esteve durante muito tempo ensimesmado e preocupado com o desenvolvimento de seus próprios institutos e dogmas, mas o processo em um paradigma constitucionalmente adequado é o meio estatal – público – de proteger direitos e há de cumprir seu escopo de maneira efetiva, adequada e tempestiva.

Assim, reconhecer a existência de um direito fundamental ao processo sem dilações indevidas importa necessariamente na revisitação de alguns postulados processuais, pois a segurança jurídica há de andar de mãos dadas com a preocupação com os resultados da tutela jurisdicional.

Neste contexto em que se busca uma efetivação do princípio da razoável duração do processo, este colocado ao lado da segurança jurídica como nortes da prestação jurisdicional, pretende-se analisar a apelação que ainda mantém o efeito suspensivo como regra – prestigiando a proteção da parte recorrente – e a execução provisória – que permite a fruição imediata do direito – enquanto reflexos deste, aparente, contraponto entre a segurança jurídica e o direito à um processo sem dilações indevidas. Para cumprir tal finalidade se utilizou do método dialético-dedutivo, com supedâneo em uma metodologia eminentemente teórica, com pesquisa bibliográfica, de caráter descritivo e exploratório.

O efeito suspensivo da apelação protege a esfera de interesses do devedor, não há dúvidas, mas será que apenas sendo regra é que ele o faz? Será tal efeito, que retira a eficácia das decisões judiciais, uma exigência do duplo grau de jurisdição e do direito ao contraditório sucessivo – que são facetas da segurança jurídica – ou será mais um dogma do processo em uma perspectiva excessivamente autonomista e liberal? É possível, que em defesa da efetividade da prestação jurisdicional, passe o efeito suspensivo na apelação a ser exceção – uma eventualidade restrita aos casos em que o risco de danos ao devedor fosse inequívoco?

No Brasil, atualmente, a regra é o duplo efeito da apelação, sendo a produção imediata dos efeitos da sentença uma exceção. Objetiva-se perquirir se a execução

provisória da sentença, que permite a fruição da decisão favorável, que ainda é uma exceção adstrita às hipóteses legislativas em que a apelação é desprovida de efeito suspensivo, não poderia passar ser regra. Isso, não necessariamente importaria em descuido com o direito do executado à segurança jurídica, pois já existem meios de contrapor, harmonizar, os valores segurança jurídica e o direito à um processo sem dilações indevidas: o exequente é responsável objetivamente pelos danos processuais que possam prejudicar a outra parte e, na execução provisória, deve caucionar o juízo para que atos expropriatórios possam ser praticados, além de ser possível, enquanto medida acautelatória, o julgador conceder o efeito suspensivo *ope judicis*, se provocado pelo recorrente.

Partir-se-á do exame da estruturação constitucional do processo – que assegura o direito a uma tutela tempestiva, adequada e efetiva – para que se possam analisar as conseqüências do efeito suspensivo da apelação enquanto regra geral e a limitação do direito à satisfação daquele que obtém uma decisão favorável em um processo com a execução provisória como exceção.

1. UMA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL DO PROCESSO

Os anseios de autonomia do processo em relação ao direito material conduziram a um caminho isolacionista e o direito processual por muito se orgulhou da neutralidade em relação ao direito material, só que como bem alerta Morin: “a hiperespecialização impede ver o global (que ela fragmenta em parcelas), bem como o essencial (que ela dilui)¹”. O processo, então, durante muito tempo esteve a olhar apenas para o próprio umbigo, sem considerar as necessidades do direito material vindicadoⁱ e sem cuidar a contento do problema do tempo de espera pela prestação jurisdicional (algo essencial para credibilidade do judiciário), pois enamorado estava da segurança jurídica.

¹MORIN, Edgar. **A cabeça bem feita: repensar a reforma, reformar o pensamento**. 8.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003, p.14.

Com o amadurecimento da noção de que o processo não é um fim em si mesmo, mas é algo que existe *para* – é instrumento² – de salvaguarda do direito material lesado ou ameaçado, os processualistas tem de repensar o processo considerando todas as nuances da ordem jurídica (e da sociedade) na qual ele está inserido³.

Tal perspectiva terá, obrigatoriamente, como ponto de partida a Constituição, pois nela se delinea o arcabouço do direito processual e este prevê uma jurisdição inafastável, que será provocada no juízo previamente estabelecido, através de um processo devido e se desenvolverá em contraditório, propiciando a ampla defesa.

Logo, o processo que era pensado sob uma ótica privada e sob os fortes influxos do liberalismo, no Estado Democrático e Constitucional de Direito⁴ há de ser estudado e realizado sob o enfoque dos direitos fundamentais, afinal, prestar bem a atividade jurisdicional é um dever do Estado ante a vedação à autotutela. Sem olvidar que este dever não pode demorar *ad eternum* para se concretizar, pois justiça tardia é manutenção da injustiça por um lapso temporal indevido.

Afirmar a condição de fundamentalidade do direito à tutela jurisdicional implica em reconhecer o dever do legislador infraconstitucional de adequar as estruturas normativas e organizacionais com o fito de satisfazer tal direito, bem como do órgão judicial.⁵ Exige do intérprete uma hermenêutica humanizante, que não veja o processo sob a ótica do fetichismo da forma, mas que o veja como metodologia estatal de prestar a jurisdição.

² A “instrumentalidade do processo” é analisada de forma magistral pelo profº Cândido Rangel Dinamarco em obra cujo título é exatamente este, v.g., DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

³ O processo liga-se e depende sempre do direito material, é instrumento para a correção das anomalias deste, como aponta Bedaque: “O próprio conceito de direito processual está vinculado de forma inseparável a fenômeno verificado no plano do direito material, consistente na sua não realização espontânea.” BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo**: influência do direito material sobre o processo. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 11.

⁴ O termo é utilizado pela professora portuguesa Cristina Queiroz e parece muito correto, pois não permite esquecer a condição de centralidade e a relevância que a Constituição tem nas ordens jurídicas ocidentais e democráticas hoje. Cf. QUEIROZ, Cristina. Direitos fundamentais sociais: questões interpretativas e limites de justiciabilidade. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005, p.165.

⁵ MITIDIERO, Daniel. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.88.

Assim, o processo há de ser célere, sim, mas isso não importa em rechaçar a segurança jurídica, impõe, tão-somente, que esta seja um dos pontos a serem obtemperados e não o epicentro vital das preocupações com o processo. Na realidade, tais valores cooperam para um ordenamento jurídico justo, não se rechaçam, segurança jurídica e celeridade na prestação jurisdicional devem estar de mãos dadas, pois “a efetividade só se revela virtuosa se não colocar no limbo outros valores importantes do processo, a começar pelo da justiça, mas não só por este.”⁶

Ora, se o Estado moderno avoca para si o poder dever de *dizer o direito* – jurisdição – ele deve fazê-lo tutelando de maneira efetiva, adequada e breve⁷. Sem descuidar, contudo, do tempo em permitir a satisfação do jurisdicionado, sobretudo, aquele que já obteve uma decisão favorável, mesmo que esta não esteja imutabilizada – pela coisa julgada.

A necessidade de maneiras aptas a efetivar a tutela jurisdicional tempestivamente não pode, de modo algum, ser enfocada sob uma perspectiva unívoca, exige uma perspectiva dialética do interprete, que deve sempre ponderar aquele valor a ser alcançado e o valor segurança jurídica que não pode ser esquecido.

É que tanto o princípio da segurança jurídica quanto o da razoável duração do processo são em verdade corolários do *due process of law*. Eles se harmonizam e se complementam, pela noção de que uma decisão que demora a ser tomada ou executada gera, no interregno de sua gestação, insegurança jurídica.

Neste contexto, o anseio de celeridade compreende logicamente receber o provimento desejado, por isto, ele aproxima-se da necessidade de um processo executivo em curto prazo. Atento à noção de que o processo de execução volta-se para a realidade fática, procurando modificá-la conforme a decisão jurisdicional, em outras palavras, é possível definir, ainda que de maneira genérica, “o processo de execução como o conjunto de atos destinados a assegurar a eficácia prática da sentença”.⁸

⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Efetividade e Processo de Conhecimento**. Disponível em: <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20A%20de%20Oliveira\(3\)%20-formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20A%20de%20Oliveira(3)%20-formatado.pdf)>. Acesso em: 22 fev. 2010.

⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: RT, 2004, p. 223.

⁸ COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos de Direito Processual Civil**. Florianópolis: Conceito, 2008, p. 258.

Entretanto, deve-se sopesar também o valor da segurança jurídica, se por um lado é legítimo o interesse a uma execução- ainda que provisória- no menor lapso temporal possível, por outro, nos casos em que a execução provisória causar, ou ameaçar causar, um dano grave e de difícil reparação é preferível se esperar uma decisão mais amadurecida, se aguardar pela possibilidade de uma execução definitiva, pois até o trânsito em julgado inexistente propriamente condenação, uma palavra final do poder judiciário.

Assim, se a execução provisória é um instrumento de brevidade da prestação jurisdicional, por permitir que seus efeitos sejam mais rapidamente sentidos no plano fático, o efeito suspensivo dos recursos preconiza a segurança jurídica, retirando a eficácia do provimento jurisdicional até que ele seja reanalisado. No caso da apelação a presença do efeito suspensivo como regra impede a produção dos efeitos da maior parte das sentenças, o que se coaduna com a nossa tradição processual formalista e preocupada com a segurança.

2. CELERIDADE E SEGURANÇA JURÍDICA: VALORES COMPLEMENTARES

Hodiernamente o reconhecimento de que o arcabouço processual tem seu nascedouro na Constituição é ponto pacífico, logo, o exame dos princípios constitucionais do processo se torna *iter* inafastável no estudo de qualquer questão processual.

O valor segurança jurídica serve de inspiração, esteio e baliza do processo civil ao longo da história, não pode agora os cuidados em garanti-lo ser o grande vilão da morosidade na prestação jurisdicional.

Na verdade, a este valor e princípio foi agregado outro, o valor efetividade da prestação jurisdicional, que é o cerne da moderna processualística. Assegurar o deslinde do processo de uma maneira célere e efetiva é consectário lógico da garantia constitucional de acesso à justiça e do devido processo legal. E, claro, com resolução meritória, pois a extinção sem examinar as pretensões dos cidadãos deduzidas em juízo é uma maneira de se negar uma ordem jurídica justa e acessível.

As preocupações de não intromissão estatal na esfera individual sem todas as cautelas agravaram as distorções processuais cujo nascedouro reside no radicalismo da perspectiva autonomista. Ocorre que no microssistema processual uma interpretação exegética da significação do valor segurança jurídica, acabou gestando um processo que não coaduna com fato de ser ele o meio, instrumento, de exercício do direito fundamental à jurisdição.

Talvez, o mero reconhecimento do caráter fundamental do direito a um processo sem dilações indevidas bastasse para entender que esta obrigação estatal deveria ser prestada sem delongas, mas o constituinte reformador houve por bem alçar no inciso LXXVI, do artigo 5º, da Constituição, o valor tempo no processo à condição de direito fundamental explícito, já que sempre foi um direito fundamental implícito⁹.

O direito fundamental a um processo sem dilações indevidas não pode ser entendido como mera norma de eficácia limitada, ele tem que efetivamente nortear toda a atuação do poder judiciário, servindo como verdadeira diretriz para sua atuação, e ser seguido, sempre que preciso, por alterações legislativas que lhe instrumentalizem. Por assim dizer ele não pode ser despido de eficácia prática, pelo contrário, tem que ser um norte a ser efetivamente perseguido¹⁰. Atuando juntamente com os demais preceitos constitucionais sobre a prática forense e sobre o processo civil.

Entre os termos utilizados para abordar a problemática da demora na prestação jurisdicional, no lugar de falar em princípio da celeridade, que ressoa como algo cuja preocupação central seria apenas o lapso temporal, o que se interpretado exegeticamente pode gerar distorções tão graves quanto à defesa excessiva da segurança jurídica, ou em duração razoável do processo – termo mais escorrito, pois traz em si a noção de razoabilidade na mensuração do fator tempo no processo – é melhor se falar em direito ao

⁹ Decorrendo não apenas do princípio da inafastabilidade, mas, principalmente, do devido processo legal, que informa a atuação de todo o direito pátrio, pois na verdade “bastaria a Constituição Federal de 1988 ter enunciado o princípio do devido processo legal, e o *caput* e maioria dos incisos do art. 5º seriam absolutamente despidos.” NERY JR., Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 7. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 42.

¹⁰ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 680-681.

processo justo sem dilações indevidas¹¹. Por trazer ínsita a noção de diálogo, o provimento tem de ser dado em tempo curto, mas tendente a alcançar o escopo máximo do processo de pacificação com justiça. E há de sempre se ter em mente que é “na *satisfação* da pretensão do exequente, ali sim é que reside a tutela jurisdicional executiva”¹².

Enfocar os resultados do processo é uma decorrência do amadurecimento da reviravolta publicística nos paradigmas centrais do processo, que não pode mais ser visto como algo a tutelar os interesses privados das partes, mas, deve ser compreendido como metodologia estatal (pública) de solução de conflitos. Não pode se preocupar apenas com a não intromissão do Estado na esfera individual – perspectiva liberal – daquele apontado como devedor, mas que tem que se preocupar com a efetivação da pretensão daquele credor, que tem essa condição reconhecida em uma decisão judicial, mas se esta ainda é modificável pela apelação.

Nesta perspectiva o efeito suspensivo dos recursos não estará previsto sempre. E a carga satisfativa da tutela via execução provisória deixa de ser uma quimera e passa a ser uma realidade enquanto pendente julgamento da apelação que não foi recebida em seu duplo efeito.

O eixo central que outrora era a proteção do âmbito patrimonial do devedor agora tem que ceder espaço e conviver com o direito a satisfação do crédito do credor. O valor segurança jurídica passa a dividir seu reinado com o valor celeridade. Isto decorre da fundamentalidade da garantia de um processo sem dilações indevidas.

Destarte, se há uma decisão judicial, ela existe para ser cumprida! E se esta decisão for passível de modificação através do julgamento do contraditório sucessivo (recurso), ela só deve ficar impedida de produzir efeitos desde a prolação se o recurso for recebido com efeito suspensivo, o recebimento da apelação com efeito duplo ainda é a regra, mas pelos anseios de satisfatividade deve passar a ser exceção¹³.

¹¹ MITIDIEIRO, Daniel. **Processo civil e Estado constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 41.

¹² DINAMARCO, Candido Rangel. Tutela jurisdicional. **RePro**, a.21, n. 81, jan/mar. 1996, p.54-81.

¹³ É este inclusive o conteúdo do projeto de lei PLS 136/2004 que pretende alterar o conteúdo do art. 520 tornando o efeito suspensivo da apelação uma exceção e não regra do exame recursal.

Não pode ser a tempestividade a única preocupação, mas é imperioso que ela seja mais uma, temperando o formalismo excessivo e o apego desmedido a uma pretensa e abstrata segurança jurídica. O processo como fenômeno dialético exige uma preocupação constante com os interesses de ambos os litigantes.

Provimento satisfativo sem respaldo em decisão imutável é figura diuturna e cujo volume aumentou consideravelmente após a sistematização da antecipação de tutela. Quando há uma antecipação de tutela, não há uma antecipação da sentença, mas um adiantamento dos atos executivos. Permite-se de maneira precária a fruição da pretensão urgente e verossímil antes do exaurimento de todas as etapas processuais. E esta decisão em cognição sumária em nada vincula a decisão proferida com cognição exauriente, pode confirmá-la ou reformá-la sem qualquer vinculação. O traço marcante, desta maneira, é a possibilidade de fruição imediata dos efeitos de uma futura- e esperada- tutela definitiva, o poder de dar seguimento à execução provisória, não a precipitação da sentença em si.

Uma jurisdição prestada com a maior brevidade possível é necessária, mas isto não pode importar em inobservância ao processo devido, nem em repúdio a segurança jurídica, que é um valor essencial para preservação da ordem jurídica justa.

Prever direitos, ainda que no bojo da Constituição com a dignidade de direitos fundamentais, é inócuo se não houver procedimentos processuais aptos a protegê-los. Canotilho destaca a necessidade de novidades “procedimentais ou processuais indispensáveis a uma *proteção jurídica temporalmente adequada*”¹⁴ (destaque no original). Neste mesmo sentido George Marmelstein destaca que os direitos fundamentais teriam uma paixão declarada pelo Judiciário¹⁵, pois sua proteção depende necessariamente de uma tutela jurisdicional adequada, efetiva e breve. Se tivermos um processo capenga teremos direitos capengas. Aliás, Carnelutti já defendia que sem processo, o direito é só uma palavra¹⁶.

¹⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2008, p.76.

¹⁵ MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.150-153.

¹⁶ “*Il diritto senza processo non potrebbe raggiungere il suo scopo, non sarebbe il diritto, in una parola*” CARNELUTTI, 1951 apud MITIDIERO, 2007, p.71.

3. DOS EFEITOS DOS RECURSOS: O EFEITO SUSPENSIVO

O direito aos recursos é constitucionalmente assegurado no seio do cerne imutável da Constituição¹⁷, há implicitamente a garantia ao duplo grau de jurisdição, ou seja, a revisão do *decisum* por instância superior, o que traria maior segurança a atuação jurisdicional, e há o direito de sucessivamente influenciar – contraditório sucessivo – na formação da decisão que fará no final lei entre as partes.

Os recursos, todos eles, uma vez admitidos, obstam a formação de preclusões e por vezes o trânsito em julgado que delas dependem, trata-se de uma característica comum a qualquer recurso. Se a parte não se pronunciar oportunamente, ou o fizer através de recurso que se mostre inadmissível, a decisão se tornará final e não mais poderá ser revista¹⁸.

O que se objetiva com a interposição dos recursos é que matéria seja reanalisada e julgada de maneira diferente, todos os recursos são dotados do efeito de devolver o conhecimento da matéria para que seja emitida uma nova decisão¹⁹, ou seja, sempre há nos recursos o efeito devolutivo.

Por outro lado, nem sempre há o efeito suspensivo, que impede a eficácia da decisão recorrida, faz com que a mesma não produza qualquer efeito, resultado, até que o recurso seja julgado. Ele recai sobre a eficácia da decisão recorrida, obstando a produção de seus efeitos. Não é a decisão em si que é atingida, a decisão será analisada posteriormente, mas sua eficácia.

¹⁷ O inciso LV, do artigo 5º prevê: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. A cautela do constituinte em incluir no rol das cláusulas pétreas diversas previsões sobre o processo, mostra o cuidado com esta metodologia estatal de solução de conflitos.

¹⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro**: exposição sistemática do procedimento. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 122.

¹⁹ Barbosa Moreira entende que o efeito devolutivo apenas não existe nos embargos de declaração, ao afirmar que “quando a lei a título de exceção, atribui competência ao próprio órgão *a quo* para reexaminar a matéria impugnada, o efeito devolutivo ou não existe (como nos embargos de declaração), ou fica *diferido*, produzindo-se unicamente após o juízo de retratação.” Cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Código de Processo Civil Comentado**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, p.261.

É preciso atentar que os efeitos da sentença não são um atributo dela, mas são as modificações provocadas no mundo dos fatos, a eficácia é a aptidão ou a qualidade de se produzir determinado efeito²⁰.

No ínterim do tramite recursal, enquanto pendente o julgamento de um recurso dotado de efeito suspensivo, a decisão recorrida não produz efeitos. Contudo, mesmo pendente recurso dotado de efeito suspensivo, como decorrência do poder geral de cautela, o juiz pode determinar providências urgentes para evitar o perecimento da coisa, assim como é lícito o ajuizamento de ação cautelar para que se resguarde o objetivo do processo. A hipoteca judiciária, prevista no artigo 466 do Código de Processo Civil, enquanto efeito secundário da sentença condenatória, também não é afetada pelo efeito suspensivo²¹.

Quando a decisão recorrida for reanalisada ela poderá ser anulada, se existir um *error in procedendo*, substituída por outra, se existir um *error in iudicando*, ou ser mantida, caso em que o efeito suspensivo cessará e agora, então, gozará o *decisum* de eficácia. Mas, se a pretensão do recorrente for atendida a rigor o efeito suspensivo não cessará, a decisão que teve sua eficácia suspensa é que será anulada ou substituída, será, pois, reformada.

O efeito suspensivo tem o condão de impedir a eficácia imediata da decisão enquanto pendente recurso, vedando assim a execução provisória. Daí Cândido Rangel Dinamarco entender que as regras de suspensividade se relacionam à admissibilidade de tal modalidade de execução e que ela só seria cogitável em relação às sentenças condenatórias. Lembrando que as sentenças – e as decisões judiciais de modo geral – podem ser alocadas em três grupos²²: constitutivas, condenatórias e meramente declaratórias²³. Para Dinamarco, portanto, as sentenças constitutivas e declaratórias não são capazes de produzir seus efeitos

²⁰ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Coisa julgada, conteúdo e efeitos da sentença, sentença inconstitucional e embargos à execução contra a fazenda pública. **RePro**, a.31, n. 141. São Paulo: RT, nov. 2006, p. 27.

²¹ NERY JR., Nelson. **Teoria geral dos recursos**. 6. ed. São Paulo: RT, 2004, p. 447.

²² Pontes de Miranda propõe a classificação quinária, dividindo as sentenças em declaratórias, condenatórias, constitutivas, executivas e mandamentais, e, segundo Araken de Assis, o que teria sido o seu maior mérito como processualista, demonstrou que nenhuma ação nasce pura, mantendo, os tipos classificatórios estreita relação e uma mesma decisão manifesta mais de uma eficácia. Nos termos deste trabalho nos ateremos à classificação ternária, por ser a mais difundida e ser a seguida pelo Código de Processo Civil Brasileiro. Cf. ASSIS, Araken. **Manual da execução**. 12. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 78-79.

²³ Couture destaca “a sentença, dissemos, pode limitar a sua eficácia a uma mera declaração do direito; pode conferir uma condenação contra o réu, pode, finalmente, constituir um estado jurídico novo, inexistente antes da sua prolação.” Cf. COUTURE, 2008, p. 257.

antes do trânsito em julgado por possuírem uma eficácia natural menos intensa do que a sentença condenatória, já que não servem de título executivo²⁴.

Contudo, José Carlos Barbosa Moreira entende que a “suspensão é de toda a eficácia da decisão e não apenas de sua possível eficácia como título executivo”.²⁵ Sendo o impedimento da execução a manifestação mais saliente do efeito suspensivo, mas incapaz de esgotar o conceito, que é mais amplo, pois também as decisões constitutivas e meramente declaratórias podem ser impugnadas por meio de recurso dotado de efeito suspensivo. Neutraliza-se a imperatividade da decisão, através do efeito suspensivo, retira-se a capacidade do ato jurisdicional de se impor, de produzir efeitos, de maneira imediata²⁶.

É importantíssimo perceber que o efeito suspensivo não é intrínseco à lógica recursal como o é o efeito devolutivo ou o efeito de obstar preclusões, pois todos os recursos impedem a preclusão da matéria recorrida, nos limites do que for atacado, e devolvem a matéria para que seja reanalisada.

Atribuir ou não efeito suspensivo a um recurso está relacionado à ideologia defendida no processo. Qual é o valor que se pretende proteger com maior ênfase? Tempo ou segurança? Depende. O que importa é seja qual for a preocupação prevalente o outro valor não deixe de ser obtemperado. É, portanto, matéria cuja regulamentação depende da política legislativa vigente em um ordenamento jurídico e que deve sempre permitir alguma flexibilidade para que o julgador, analisando o caso concreto, preconize mais um ou outro valor.

No Brasil, a lei define que algumas decisões não produzirão efeitos imediatamente, além de ser possível que a parte consiga o efeito suspensivo por provocação fundamentada demonstrando a existência da viabilidade processual do recurso interposto e a existência de risco de ocorrerem lesões ao seu direito.

Delineiam-se, desta maneira, duas formas ou critérios de manifestação do efeito suspensivo. Um critério por definição legal (*ope legis*) e outro de concessão judicial

²⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do Processo Civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 147-148.

²⁵ MOREIRA, 2008, p. 257.

²⁶ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Eficácia das decisões e execução provisória**. São Paulo: RT, 2000, p. 220.

mediante requerimento da parte (*ope judicis*). Na verdade, o efeito suspensivo é “uma técnica de segurança que retira a eficácia de uma decisão impugnável por recurso.”²⁷

Em certas circunstâncias a lei define que determinada decisão quando impugnada pelo recurso cabível não produzirá os seus efeitos em momento algum, desde a publicação da decisão, mesmo antes da interposição recursal, até o julgamento do recurso interposto. Este é o caso, por exemplo, da apelação, no contexto atual, que salvo as exceções previstas no artigo 520 do Código de Processo Civil e outros dispositivos previstos na legislação, não produz quaisquer efeitos até o pronunciamento do tribunal sobre a matéria.

Fora das hipóteses previstas em lei, estabelecendo o critério *ope legis* de manifestação do efeito suspensivo, caberá ao recorrente provocar o julgador para que o conceda (valendo-se do critério *ope judicis*) é o caso, por exemplo, das decisões impugnáveis por agravo de instrumento ou nos casos excepcionais em que a apelação não possui de regra o efeito suspensivo, como se depreende da atual redação artigo 558 do Código de Processo Civil. O mesmo se aplica aos recursos especial e extraordinário nos quais, segundo construção jurisprudencial e observando-se o disposto nas súmulas 634 e 635 do Supremo Tribunal Federal, o recorrente pode utilizar-se de medida cautelar para suspender os efeitos da decisão atacada por recurso extremo.

José Miguel Garcia Medina e Teresa Arruda Alvim Wambier preferem agrupar os recursos quanto à manifestação do efeito suspensivo em três grupos: os recursos que “a) em regra, têm efeito suspensivo; b) em regra não têm, mas podem ter efeito suspensivo; c) não tem nem podem ter efeito suspensivo, mas, neste caso, pode-se manejar medida cautelar com o intuito de se suspender os efeitos da decisão recorrida.”²⁸

Entende-se que a divisão da maneira de manifestação do efeito suspensivo em *ope legis*, por determinação legal, e *ope judicis*, por requerimento da parte, não se contrapõe a dos professores paulistas, mas a engloba. O efeito suspensivo deve ser entendido não

²⁷ JORGE, Flávio Cheim. **Teoria geral dos recursos cíveis**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 250.

²⁸ MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recursos e ações autônomas de impugnação**: de acordo com a nova sistemática para os recursos repetitivos no STJ (Lei 11.672/2008 e Resolução 8/2008). São Paulo: RT, 2008, p. 111.

propriamente como um efeito dos recursos²⁹, já que não é uma decorrência necessária da interposição recursal, mas como uma técnica acautelatória que sobrepõe a segurança jurídica à celeridade, impedindo a produção dos efeitos de uma determinada decisão até que seja julgado o recurso que lhe impugnou. Sob este viés, todos os recursos podem “produzir” o efeito suspensivo: o que varia é se a lei determinará a suspensão ou qual caminho deverá se valer o recorrente para obtê-lo.

Não incidindo o critério *ope legis*, não terá o recurso de regra efeito suspensivo, isto é, se a lei não impede que determinada decisão produza imediatamente seus efeitos já possui a parte vencedora o direito à execução provisória. Todavia, se for concedido efeito suspensivo pelo julgador, mediante provocação da parte recorrente, cessa no momento da publicação da decisão o direito à execução provisória.³⁰ Impede-se que a condenação- e o pronunciamento judicial como um todo- produza seus efeitos.

Quando uma das partes tem uma decisão favorável, é natural que ela queira ver esta decisão cumprida com a maior brevidade; já a parte sucumbente quer exercer o direito ao contraditório sucessivo sem ter que cumprir um entendimento que ela está tentando modificar. É aí que reside o efeito suspensivo, servindo de contraponto entre estes interesses antagônicos. Permitir a produção imediata dos efeitos da decisão – e sua execução provisória – ou impedi-la para evitar uma intromissão na esfera do devedor que pode se revelar indevida na hipótese de procedência do recurso é no fim uma questão de qual valor preponderará: celeridade ou segurança jurídica.

É uma questão que requer máximo cuidado, pois a defesa exacerbada em prol de qualquer um desses valores pode gerar graves danos a uma das partes no processo. Ocorre que é falso o antagonismo entre celeridade e segurança jurídica.³¹ Ambos os interesses são legítimos, tanto o anseio por uma execução provisória quanto o resguardo, a espera, por

²⁹ Flávio Cheim Jorge entende que rigorosamente o único efeito dos recursos é o efeito devolutivo. JORGE, 2003, p. 247.

³⁰ NOGUEIRA, Antonio de Pádua Saubhie. **Execução provisória da sentença**: caracterização, princípios e procedimento. São Paulo: RT, 2005, p. 122-123.

³¹ “Em verdade, o antagonismo entre celeridade processual e segurança jurídica é apenas aparente, e o que garantirá a aplicação da justiça ao caso concreto, ao fim e ao cabo, é o equilíbrio entre ambas.” KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. **A razoável duração do processo**. Salvador: JUSPODIVM, 2009, p. 29.

uma decisão final e ambos são consentâneos com o arcabouço constitucional do processo, decorrem mesmo do princípio do devido processo legal.

Contudo, parece que atualmente, até pela massificação das relações sociais e por um sentimento coletivo de que a morosidade é o grande problema da prestação jurisdicional, há uma maior preocupação ou prevalência, enquanto ideologia “político-processual”, com os resultados rápidos no processo do que com os caminhos seguros para seu alcance³². Isto preocupa, pois “a eficiência como fim, sem temperamentos, como meta absoluta, desatenta a outros valores e princípios normativos³³” não promove acesso à ordem jurídica justa.

Na verdade ambos os valores devem sempre andar em conjunto, ora um prevalecendo, ora o outro. Malgrado a crescente preocupação de fazer prevalecer à celeridade, é imprescindível resguardar os direitos e interesses dos litigantes de lesões, isto é um imperativo da própria Constituição que delineou o processo como metodologia de promoção e proteção de direitos e não como um celeiro de soluções “fast”, deve produzir decisões justas e não, simplesmente, rápidas. O processo como fenômeno dialético há de ser sempre pensando bilateralmente, pois, a proteção excessiva de uma parte freqüentemente implicará em danos indevidos para a outra.

4. APELAÇÃO: EFEITO SUSPENSIVO COMO REGRA E A IMPUGNAÇÃO PARCIAL DA SENTENÇA

No ordenamento jurídico brasileiro de regra a apelação sempre teve o efeito suspensivo³⁴, sempre se prestigiou a segurança jurídica não se permitindo que a sentença produzisse qualquer efeito até ser revista por um órgão de maior hierarquia ou até transitar

³² “Advirta-se, ainda, que nos dias atuais vários fatores vêm determinando uma maior prevalência do valor efetividade sobre o da segurança. Por um lado, verificou-se uma mudança qualitativa no perfil dos litígios, em decorrência da massificação das relações sociais, atingindo amplo espectro de pessoas de classe média e pobre, a determinar que o fator tempo passasse a representar elemento essencial do processo, mormente porque uma decisão ou providência de caráter satisfativo tardio pode equivaler à denegação de justiça.” OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Do formalismo no processo civil**: proposta de um formalismo-valorativo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 92.

³³ OLIVEIRA, op.cit.

³⁴ NERY JR., 2004, p. 448.

em julgado. O juiz ao receber a apelação, após analisar os requisitos de admissibilidade, pronunciaria em despacho, desprovido de caráter decisório, os efeitos legais em que recebia a apelação, seguindo estritamente a prescrição legal.

Assim, pelo regramento anterior o juiz deveria sempre receber a apelação em seu duplo efeito e somente nos casos do artigo 520 do Código de Processo Civil ou previstos em lei teria de receber a apelação apenas no efeito devolutivo. Se a decisão se enquadrasse nesta hipótese não haveria como se atribuir efeito suspensivo. Na verdade, inexistia uma possibilidade de decisão, pois o juiz sempre se limitaria a seguir a previsão legal.

Apenas com a reforma empreendida pelas leis 8.952/94 e 9.139/95 a situação se modificou, alterou-se o conteúdo do artigo 558 do Código de Processo Civil para se permitir que em casos nos quais a produção imediata dos efeitos da sentença pudesse causar danos graves e de difícil reparação ao apelante, mediante requerimento deste, se pudesse, como uma técnica acautelatória, suspender os efeitos da sentença.

O julgador, mediante provocação devidamente fundamentada, valendo-se do critério de “lesão grave e de difícil reparação” determina a suspensão da eficácia da decisão recorrida, trata-se assim de uma cláusula geral, permitindo um amplo preenchimento conceitual, adaptando-se às peculiaridades do caso concreto.³⁵

A concessão do efeito suspensivo a recurso que não o tem, deve ser sempre uma medida excepcional. Ora, se a opção legislativa foi pela imediata produção dos efeitos da decisão, primando pela celeridade ao permitir de pronto a satisfação da pretensão de quem recebeu um pronunciamento judicial favorável, embora provisório, o julgador deve estar atento ao valor efetividade e sopesar se é o caso de se proteger o interesse também legítimo do recorrente, que pretende só ver sua esfera de interesses lesada após uma decisão final e inatacável.

³⁵ “As cláusulas gerais não servem para preencher uma lacuna esquecida pelo legislador, como veremos adiante, mas se consubstanciam numa forma legalmente positivada, a qual permite a construção da norma fundamental em relação ao caso concreto, na medida em que devemos considerar as cláusulas de conteúdo aberto excelentes ferramentas ofertadas pelo legislador, na intenção de dar vida ao princípio fundamental da efetividade jurisdicional.” HENRIQUES FILHO, Ruy Alves. **Os direitos fundamentais na jurisdição constitucional e as cláusulas gerais processuais**. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006.

Ainda mais quando na moderna processualística o direito de ação é reconhecido como o direito a uma tutela que adequada e efetiva, “não basta uma sentença, mas sim a possibilidade de efetivação concreta da tutela buscada”³⁶, mas esta tutela pretendida há de ser produzida em um processo seguro. Ou seja, em um processo devido, que não descuida da segurança jurídica, mas que se preocupa com a obtenção de resultados *a contento tempore*, com a maior brevidade possível.

O processo civil, calcado na perspectiva liberal, parecia construído em uma base maniqueísta – e pueril –, como se o autor-credor fosse “mau” e o réu-devedor fosse “bom”, merecendo este então toda proteção e cuidado antes que o Estado se intrometesse na sua esfera individual, isto mesmo se fosse para fazê-lo cumprir uma obrigação que ele de má-fé não cumpriu e que de maneira desleal tenta ao longo do processo postergar ao máximo satisfazê-la. Na verdade, em tais bases não há justiça. Mas, a efetivação da tutela pretendida não pode abrir mão do processo devido.

O efeito suspensivo se aproxima também dos efeitos devolutivo e de obstar preclusões, pois apenas a parte impugnada é que será devolvida para ser reanalisada, não ficará acobertada pela preclusão e poderá ter os seus efeitos suspensos. Desta maneira, em uma decisão objetivamente complexa, contendo mais de um capítulo, apenas os capítulos decisórios impugnados é que poderão ter a sua eficácia suspensa.

Uma das principais características dos recursos, conforme destacado, é a de obstar preclusões, prolongando a discussão, impedindo que determinado pronunciamento jurisdicional se torne inatacável. Quando um recurso impugna todo o conteúdo decisório, todo o conteúdo é devolvido para que seja apreciado novamente, não há preclusão alguma.³⁷ Mas se apenas parte do *decisum* for atacada a outra parte não poderá ter sua eficácia suspensa, por ter ocorrido à preclusão, e produzirá imediatamente todos os seus efeitos.

³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.223.

³⁷ “Quando o recurso interposto é integral, abrangendo todos os capítulos de que se compõe o ato recorrido, não se opera preclusão alguma, notadamente a coisa julgada; quando ele é parcial, os capítulos de sentença não impugnados recebem a coisa julgada e tornam-se, a partir daí, inatacáveis.” DINAMARCO, Cândido Rangel. **Capítulos de sentença**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 99.

O efeito suspensivo impõe, reitera-se, a não produção de qualquer efeito da decisão recorrida, contudo ele só se manifesta na extensão dos efeitos devolutivo e de obstar preclusões, pois apenas a parte da decisão impugnada é que poderá ser suspensa. Esse óbice a fruição da pretensão da parte credora só incidirá sobre a parte recorrida da sentença, restando à outra apta a produzir efeitos.

No concernente ao capítulo não impugnado ele se tornará imutável, pela concordância da parte que não manifestou sua inconformidade no recurso, e a decisão produzirá todos os seus efeitos, pois será este capítulo, decisão final, imutável.³⁸ Caberá, então, a execução definitiva desta parte da sentença.

Quando um recurso é parcial, a preclusão - e o trânsito em julgado que desta depende - são impedidos apenas na extensão em que a matéria é devolvida³⁹. Em relação ao capítulo de sentença não impugnado a execução se dará não de maneira provisória, mas definitiva. Só se há de falar em execução provisória em relação à decisão passível de ser revista, decisão inatacável, pela existência de trânsito em julgado, é executada de maneira definitiva.⁴⁰

Pode-se falar, por isto, na existência de coisa julgada parcial e em uma formação progressiva do título judicial, pois ao não interpor o recurso contra todos os capítulos o recorrente aquiesce parcialmente com a decisão, por não ter veiculado sua inconformidade no recurso. Por isto, é de se admitir a execução definitiva- ainda que em autos apartados- dos capítulos não impugnados.

No concernente ao capítulo impugnado, se a lei prevê de regra a existência de efeito suspensivo a decisão, nesta parte, não produzirá qualquer efeito, se não existir *ope legis* o efeito suspensivo será sempre possível se obtê-lo desde que o recorrente provoque o

³⁸ ARAÚJO, José Henrique Mouta. **Coisa julgada progressiva & resolução parcial do mérito:** instrumentos da brevidade da prestação jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2008, p. 353.

³⁹ ARAÚJO, 2008, p. 359.

⁴⁰ “Ocorrendo impugnação parcial (art. 505), quer a sentença, quer ao acórdão, somente o capítulo sujeito a recurso subordinar-se-á ao regime da execução provisória; definitivamente, ao invés, executar-se-á a parte autônoma, integrando capítulo separado e independente do que é objeto da impugnação pendente, em princípio insuscetível a mudanças pelo eventual provimento do recurso.” ASSIS, Araken. **Manual da execução**. 12. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 343.

juiz para que suspenda os efeitos da decisão, na medida da matéria impugnada, enquanto técnica acautelatória.

Observe-se que quando houver a antecipação da tutela na sentença, situação em que o capítulo antecipado será recebido apenas no efeito devolutivo e o(s) outro(s) em efeito duplo – devolutivo e suspensivo –, não produzindo qualquer efeito, o recurso cabível, em atenção ao princípio da singularidade, é o de apelação⁴¹.

Não se há de cogitar na interposição de agravo para atacar a sentença em si, mesmo quando ela concede a antecipação dos efeitos da tutela, o agravo será medida cabível em alguns casos- em outros caberá medida cautelar, como se verá adiante – para concessão *ope judicis* de efeito suspensivo à apelação que não foi recebida em seu duplo efeito, nunca para atacar a sentença em si mesma.

No Brasil, apesar de sempre se ter previsto para a apelação a existência do efeito suspensivo como regra, a comissão que está elaborando o projeto do novo Código de Processo Civil já sinalizou que pretende inverter o sistema, para permitir a imediata produção dos efeitos da decisão como regra geral.

Na verdade, conforme lembra Araken de Assis, a exequibilidade imediata da sentença é uma tendência mundial e a execução provisória tende a ser regra⁴². Logo, tal modificação segue um modelo que já impera em outros países, além de permitir uma maior efetividade da prestação jurisdicional. A execução provisória prestigia o caráter instrumental do processo protegendo o direito com maior celeridade. Sem olvidar que ela prestigia as decisões judiciais, conferindo-lhes maior efetividade.

No contexto atual, a tutela antecipada, medida deferida após análise em cognição sumária é imediatamente executável, isso cria uma situação ao menos paradoxal. A sentença, fruto de uma decisão mais amadurecida, em cognição exauriente, fica, pela incidência do efeito suspensivo *ope legis*, sem produzir qualquer efeito, não podendo ser executada, mas uma decisão baseada em cognição sumária produz efeitos de imediato.

⁴¹ OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. **Apelação no direito processual civil**. São Paulo: RT, 2009, p. 231.

⁴² ASSIS, Araken. **Cumprimento de sentença**, Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 144.

Permite-se a imediata produção de efeitos de uma decisão tomada com menos elementos, embora seja verdade que devem estar presentes a fumaça do bom direito e o perigo da demora, e nega-se a produção de efeitos de uma decisão final, a última palavra do julgador da primeira instância. Isto traz um descrédito sobre a sentença já que gera a sensação na parte vencedora de que não recebeu nenhum provimento útil. A sensação é de que se “ganhou, mas não levou”, e isto agrava o descrédito no judiciário.

No direito estrangeiro, em vários ordenamentos, o problema inexistente, pois, a regra é a ausência de efeito suspensivo na apelação é o que estabelece, por exemplo, o Código de Processo Civil Português⁴³, o *Codice di Procedura Civile Italiano*⁴⁴, a *Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) Espanhola*⁴⁵ e o *Zivilprozessordnung (ZPO) Alemão*⁴⁶.

No ordenamento pátrio a ausência de efeito suspensivo como regra não seria novidade total, já que no processo trabalhista há muito está previsto que os recursos serão desprovidos de tal efeito e que a execução provisória é regra, é o que se depreende do artigo 899 da Consolidação das Leis do Trabalho⁴⁷. O processo do trabalho, em decorrência do direito material que ele tutela, preocupou-se logo em adequar o rigorismo do processo civil com a necessidade de celeridade e informalidade de sua atuação, e vem obtendo bons resultados.

Na verdade, tramita no congresso nacional, há anos o projeto de lei PLS 136/2004, que pretende alterar o artigo 520 da lei dos ritos para que passe a ter a seguinte redação: **“a apelação terá somente efeito devolutivo, podendo o Juiz dar-lhe efeito suspensivo para evitar dano irreparável à parte”** (grifo inexistente na fonte). Mesmo que este projeto de

⁴³ O artigo 692 do Código de Processo Civil Português estabelece a incidência apenas de efeito suspensivo para a apelação, estabelece algumas exceções a esta regra e define que o efeito suspensivo pode ser concedido em casos em que a execução provoque prejuízos consideráveis ao recorrente e mediante o pagamento de caução.

⁴⁴ O artigo 282, no livro II – sobre processo de conhecimento –, prevê que a sentença de primeiro grau é provisoriamente executável.

⁴⁵ O livro III da LEC começa a partir do artigo 524 a dispor sobre a execução provisória, deixando claro que a mesma é uma regra, cujas poucas exceções estão previstas no artigo 525 do mesmo diploma legislativo. Disponível em: <<http://civil.udg.es/normacivil/estatal/lec/L3T2.htm>> Acesso em: 08. fev. 2010.

⁴⁶ Já a ZPO em seu artigo 704 ao dispor sobre os julgamentos executáveis inclui tantos as sentenças protegidas pela coisa julgada, como aquelas passíveis de ulterior modificação por instância superior. Disponível em: <<http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/zpo/gesamt.pdf>>. Acesso em: 14 fev. 2010.

⁴⁷ Consolidação das Leis do Trabalho: “Art. 899. Os recursos serão interpostos por simples petição e terão efeito meramente devolutivo, salvo as exceções previstas neste Título, permitida a execução provisória até a penhora.”

lei não venha a ser aprovado, parece certo que o Brasil modificará o atual sistema para prever o critério *ope judicis* como regra para a incidência do efeito suspensivo, mesmo que se tenha de esperar pela elaboração de um novo Código de Processo Civil, cujos relatores do anteprojeto já se manifestaram neste sentido⁴⁸.

O projeto de lei PLS 136/2004 foi elaborado pela Associação Brasileira dos Magistrados, tendo como relator no Senado o Senador Demóstenes Torres⁴⁹. Observe que o artigo apesar de estabelecer a apelação sem efeito suspensivo enquanto regra, prestigia a concessão *ope judicis*, mediante provocação da parte, para a suspensão dos efeitos da sentença. Desta maneira, se atende aos anseios de maior celeridade, resguardando-se também a segurança jurídica.

No contexto de alteração legislativa, entende-se que a análise quanto a pertinência da concessão do efeito suspensivo seria realizada conjuntamente com o juízo de admissibilidade ainda na primeira instância. Contudo, como a obtenção de efeito suspensivo é uma medida acautelatória, o recorrente poderá sempre formular o pedido ao relator da apelação no tribunal, por simples petição, ou ainda manejar ação cautelar autônoma, a qualquer momento, para resguardar seu direito.

Não se há, aliás, de se cogitar em preclusão ou prazo para a obtenção do efeito suspensivo. Trata-se de medida acautelatória, que procura resguardar o objetivo útil ao processo, e sempre pode ser obtida através de ação cautelar autônoma, situação em que é impensável a preclusão, já que esta é um fenômeno endoprocessual⁵⁰. Existindo o perigo de dano de difícil reparação, é de se conceder o efeito suspensivo.

⁴⁸ A comissão de encarregada de elaborar Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, instituída pelo Ato nº 379, de 2009, do Presidente do Senado Federal, já apontou que em seu projeto os recursos terão de regra apenas o efeito devolutivo. Disponível em: <<http://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/7905/CPC.pdf>>. Acesso em: 12 mar. 2010.

⁴⁹ Disponível em: <[http://64.233.163.132/search?q=cache:wGqvVX9BsiEJ:direitoprocessual.org.br/dados/File/enciclopedia/propostas_legislativas/processo_civil/\(doc%252016\)%2520PLS%2520136%2520de%25202004.doc+projeto+de+lei+136/2004&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br&client=safari](http://64.233.163.132/search?q=cache:wGqvVX9BsiEJ:direitoprocessual.org.br/dados/File/enciclopedia/propostas_legislativas/processo_civil/(doc%252016)%2520PLS%2520136%2520de%25202004.doc+projeto+de+lei+136/2004&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br&client=safari)>. Acesso em: 5 mar. 2010.

⁵⁰ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Meios processuais para concessão de efeito suspensivo a recurso que não o tem. In: **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e outras formas de impugnação às decisões judiciais**. NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord). São Paulo: RT, 2005, v. 8, p. 301-303.

O poder do relator não se restringe- e não se restringirá- a conceder o efeito suspensivo, mas também ele poderá por outro lado conceder providências executivas negadas pelo primeiro grau.⁵¹ É que a análise dos requisitos de admissibilidade pelo juízo *a quo* é sempre provisória, passível de revisão pelo órgão *ad quem*, embora se deva observar que a concessão do efeito suspensivo não o integre propriamente. Além do mais, a rigor, a atividade de conhecimento do magistrado do primeiro grau cessa com a prolação da sentença, o que reforça o argumento de sempre poder o relator conceder o efeito suspensivo, mesmo com a redação proposta no projeto de lei PLS 136/2004.

Garantir a fruição antecipada da pretensão com supedâneo na urgência – execução de tutela antecipada – é forma de se assegurar a tutela tempestiva e adequada. Impedindo, ou quiçá minorando, a demora para que a prestação jurisdicional produza efeitos práticos. Neste contexto é salutar a modificação para tornar as sentenças exequíveis de imediato, tornando o efeito suspensivo uma exceção subsumida as necessidades específicas do caso concreto, para proteger a segurança do recorrente e provisoriamente executado.

É incongruente a atual situação em que uma decisão em cognição sumária seja mais efetiva do que o provimento baseado em uma cognição exauriente do magistrado, nesta o contraditório e a ampla defesa foram completamente exercidos, já aquela pode ser concedida até mesmo *inaudita altera pars*, sem qualquer bilateralidade para formação do convencimento do julgador. Neste sentido Marcelo Abelha destaca esse anacronismo da imediatidade da decisão antecipatória de tutela, pois agravável – agravo de instrumento que de regra não tem efeito suspensivo – e a carência dela na sentença, posto que apelável – com efeito suspensivo.⁵²

5. A EXECUÇÃO PROVISÓRIA COMO REGRA: LIMITES E CAUTELAS

O processo civil tem mediante sucessivas reformas, paulatinamente, tentado adequar a significação de seus institutos às previsões constitucionais sobre ele e aos anseios da

⁵¹ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.147.

⁵² ABELHA, Marcelo. **Manual de execução civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense universitária, 2009, p.198-199.

moderna processualística de uma prestação jurisdicional célere, efetiva e adequada. Especificamente no processo executório as preocupações com o retardo na efetivação do julgado impôs mudanças significativas⁵³: fim do processo executivo autônomo para execução das suas decisões⁵⁴ – colocando um fim na *actio iudicati* no ordenamento pátrio⁵⁵– e sacramentando a máxima *sententia habet paratam executionem* ao prever condenação e execução no mesmo processo, instituindo o processo sincrético.

Mas, conforme visto a exequibilidade imediata da sentença no Brasil é exceção, pois a regra é que a apelação seja recebida em seu duplo efeito, assim a possibilidade de execução provisória da decisão sobre a qual paira recurso – recebido apenas no efeito devolutivo – é exceção confinada às parcas hipóteses legislativas em que o efeito suspensivo não incidirá sobre a apelação.

Percebe-se que a execução de título judicial não exige que a decisão que lhe serve de título seja imutável, pois aceita que mesmo um título instável lastreie a execução. O desenvolvimento de atos executórios enquanto pendente estabilização do título coaduna com o “afã de agilizar a prestação jurisdicional”⁵⁶.

A distinção entre a execução provisória e a definitiva baseia-se na estabilidade do título executivo que respalda o procedimento executivo⁵⁷ e não nos atos executórios que podem ser praticados, na verdade provisório é o título executivo e não a execução.

É errôneo dizer que a tutela executiva vem após ou sucede a cognitiva, a execução provisória se dá sempre simultaneamente à fase de conhecimento⁵⁸, e o provimento

⁵³ O justo anseio de celeridade processual e o imperativo constitucional de uma tutela adequada, efetiva e tempestiva fomentaram as reformas da execução de sentença: em 1994, alterou-se a tutela executiva das obrigações de fazer e não-fazer; em 2002, a nova sistemática foi estendida às obrigações de dar coisa; e, em 2005, ela foi plenamente implementada abarcando, também, as obrigações de dar dinheiro, hoje, então, temos um processo sincrético, no qual condenação e execução coabitam em um único processo.

⁵⁴ Ovídio Baptista chama o processo autônomo de execução de exigência irracional e mortificante imposta ao litigante vitorioso. Cf. SILVA, Ovídio Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 2.

⁵⁵ CARNEIRO, Athos Gusmão. **Cumprimento da sentença civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, 37-42.

⁵⁶ FUX, Luiz. **O novo processo de execução**: o cumprimento de sentença e a execução extrajudicial. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.115.

⁵⁷ DIDIER JR., Fredie et al. **Curso de direito processual civil**: execução. 2. ed. Salvador: JUSPODIVM, 2010, p. 193.

⁵⁸ Quando se antecipam efeitos da tutela, com base no art. 273 do Código de Processo Civil, o que se faz, em verdade, é antecipar atos executivos, com o que a prestação dessa tutela ocorre antes ou simultaneamente- e

executando poderá vir a ser anulado ou reformado. E mesmo a execução definitiva, no caso de uma sentença objetivamente complexa impugnada através de recurso parcial, pode ocorrer enquanto se desenrola ainda a fase de conhecimento, é que em relação ao capítulo não atacado houve o trânsito em julgado e a rigor a execução é definitiva e não provisória.

A expressão “provisória” é bastante criticada, primeiro, pois a instabilidade não é da execução, mas do título executivo, e este não está a espera de ser substituído pelo definitivo, ocorre que ele pode ou não ser confirmado ou reconfigurado na etapa recursal. A execução provisória pode satisfazer inteiramente o credor e, nesse caso, confirmada a decisão, não haverá mais o que fazer; reformada, a execução deverá ser desfeita, e não substituída por outra, José Maria Rosa Tesheiner defende que melhor seria falar em “execução antecipada”⁵⁹, já Araken de Assis defende que melhor seria falar em “execução imediata”⁶⁰.

A execução provisória desenvolve-se justamente para possibilitar a satisfação da parte que recebe uma decisão favorável, e poderia ser regra se houvesse vontade política⁶¹ para tanto, mas como esta decisão não é final e ainda pode vir a ser posteriormente modificada ela requer cuidados específicos – que podem ser perfeitamente alcançados com o poder geral de cautela do juiz, valorizando a segurança jurídica – pois não é razoável esquecer que a execução imediata pode gerar danos ao executado que não seja confirmado como devedor na esfera recursal.

Os atos executivos, independentemente do procedimento que adotem, voltam-se para a realidade dos fatos procurando alterá-la, por isto tanto a execução provisória quanto a definitiva são efetivamente “execuções”, apenas, por suas peculiaridades, encontram limites de atuação diferenciados. Isto fica ainda mais patente no atual estágio da reforma do Código de Processo Civil, pois a execução não mais gera um novo processo, distanciando-

não sucessivamente- à tutela de cognição.” ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela** .7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.12-13.

⁵⁹ TESHEINER, José Maria Rosa. **Execução provisória**. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/wwwroot/artigosprofthesheiner/execucaoprovisoria.htm>>. Acesso em: 26 fev. 2010.

⁶⁰ ASSIS, 2009, p.145.

⁶¹ Já se comentou sobre o projeto de lei em trâmite há longos anos no congresso sem aprovação, a despeito da inequívoca tendência mundial em se prestigiar as decisões de primeira instância.

se a antiga distinção conhecimento e execução, para se falar em um processo sincrético⁶². Nesta perspectiva a execução provisória, também se processa de maneira simplificada, conforme o 475-O.

Não apenas no Brasil, mas também na maior parte dos ordenamentos jurídicos, há uma crescente preocupação em viabilizar medidas que em tempo curto, ou no menor lapso temporal possível, viabilizem uma modificação sobre a realidade fática⁶³. A execução provisória neste contexto delinea-se como uma importante medida para combater a duração excessiva – e indevida – do processo! Não se pode esquecer que serve também para atenuar o descrédito que atinge o judiciário quando as controvérsias não são decididas prontamente⁶⁴. Tanto que em diversos ordenamentos ela passou a ser regra, conforme destacado, em diversos países da Europa continental a exequibilidade da sentença é imediata.

Na verdade, a atual configuração da execução provisória dota de maior satisfatividade que outrora, pois se processa da mesma maneira que a execução definitiva, guardando tão somente algumas particularidades em decorrência da instabilidade da decisão que a lastreia: 1) corre por conta, risco e responsabilidade do exequente; 2) a prática de atos que possam causar grave dano ao executado deve ser caucionada.

Luiz Fux lembra que pleitear a execução provisória é uma faculdade a disposição do credor, que deve ser ponderada, contudo, pois a fruição de algo reconhecido em decisão reversível pode gerar danos ao executado, e se isto acontecer haverá responsabilidade objetiva – independentemente de culpa, portanto – do exequente⁶⁵. Marcelo Abelha esclarece que “a regra prevê, portanto, hipótese de ‘responsabilidade objetiva por dano processual’, em que a simples reforma do título provisório constitui, objetivamente (*ope legis e in re ipsa*), uma conduta antijurídica para fins de responsabilização civil.⁶⁶” Por isto deve o exequente analisar se é válido pleitear a fruição imediata da decisão que pode ser modificada.

⁶² MOREIRA, José Carlos Barbosa. 'Cumprimento' e 'execução' de sentença: necessidade de esclarecimento conceituais. In: **Revista Dialética de Direito Processual**. n 42. São Paulo: Dialética, set. 2006, p. 56-57.

⁶³ CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. **Apelação sem efeito suspensivo**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 76.

⁶⁴ LUCON, 2000, p. 143.

⁶⁵ FUX, 2008, p.121.

⁶⁶ ABELHA, 2009, p. 201.

Não há no ordenamento pátrio espaço, portanto, para que a execução provisória se instaure *ex officio*, sendo imprescindível a provocação da parte a quem aproveita, já que ela será civilmente responsável pelos danos que possam advir para o executado caso se revelem indevidos os atos executórios praticados pela procedência da execução.

Se a apelação for procedente e o título provisório que lastreou a execução for completamente modificado, o *quantum* indenizatório a título de reparação pela execução indevida será apurado no mesmo processo, ou seja, reformado ou cassado o título pelo julgamento do recurso, nos mesmos autos se processará o processo cognitivo – via liquidação por artigos – com fito de apurar os danos sofridos pelo executado em decorrência da execução indevida. A previsão do dever de reparar civilmente a parte que sofreu prejuízos independentemente de culpa da outra parte – já que se trata de responsabilidade objetiva lastreada no risco inequívoco da prática de atos expropriatórios com base em um título instável – é uma forma do legislador deixar claro que não se esqueceu da segurança jurídica, nem da regra que impõe a menor onerosidade para o executado durante a execução.

Alinhada a esta mesma atenção à bilateralidade do processo, que há de ser justo para ambas as partes, está a exigência de caução que visa minorar as possíveis conseqüências nefastas da fruição provisória da decisão que é reformada pela procedência da apelação. É que enquanto medida decorrente de um título executivo instável a forma de resguardar o interesse da parte executada é a prestação de caução pelo executante para a prática daqueles atos potencialmente danosos para o executado como: levantar depósito em dinheiro, praticar atos que importem alienação de propriedade ou qualquer outro ato que o magistrado julgue apto a causar grave dano ao executado.

É importante observar que a caução, após as modificações introduzidas pela lei 10.444/2002 – que alterou a sistemática da execução das obrigações de dar coisa – a caução é exigida apenas para o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem alienação de propriedade ou que possam causar graves danos ao executado, pois só elas estão sujeitas à exigência de contracautela – inserta no 475-O, III . Logo, a caução

não é indispensável, de regra, para a instauração da execução provisória⁶⁷. As obrigações de fazer e não-fazer e de dar coisa podem ser executadas provisoriamente e ensejam a responsabilidade objetiva do credor que queira exercer esta posição de vantagem outorgada pelo legislador (475-O, I), mas seguirão os meios coercitivos indiretos previstos nos 461 e 461-A e não aqueles da execução direta.

A caução será arbitrada pelo magistrado e há de ser suficiente – o seu valor deve ser suficiente para minorar eventuais prejuízos do executado –, além de idônea, podendo ser prestada de todas as formas permitidas pelo direito, ou seja, a caução pode ser real ou fidejussória. Marcelo Abelha defende que “a prestação de caução como medida de contracautela deve ser precedida de contraditório⁶⁸”. Possibilitar que as partes se manifestem é válido como forma de viabilizar a bilateralidade da audiência, mas só o juiz pode ponderar se é necessário ou se importaria em postergar a fruição imediata indevidamente, neste caso deve decidir o valor da caução sem a oitiva das partes. Trata-se de decisão interlocutória, podendo, destarte, ser agravada.

Há dispensa de caução – *ope legis*, conforme previsão do §2º, do 475-O, do CPC – se o débito tiver caráter alimentar ou se for inferior a 60 (sessenta) salários mínimos. Mas, e se a parte for beneficiária da justiça gratuita e não tiver condições de prestar a contracautela? Parece mais consentâneo com a moderna processualística entender que se a parte pleitear a execução provisória e não puder caucionar os atos expropriatórios o juiz poderá permiti-la – *ope iudicis* –, caso contrário se negaria a efetividade da prestação jurisdicional àqueles destituídos de recursos patrimoniais para assegurar o juízo.

A decisão que anula ou reforma a decisão – o título – que serviu de supedâneo para a execução provisória tem eficácia *ex tunc*, ou seja, as partes devem ser retornar ao *status quo ante* que existia antes da execução provisória, exatamente, por isto a contracautela se revela tão importante devendo o juiz ser cuidadoso ao dispensá-la.

⁶⁷ DIDIER JR., 2010, p. 201. Na verdade, diversos ordenamentos permitem que os atos executórios tenham lugar independentemente de caução: a LEC espanhola – artigo 526 –; a ZPO alemã – § 708 –; bem como o *Codice* italiano – artigo 283.

⁶⁸ ABELHA, 2009, p. 204.

A caução é, sem dúvidas, um elemento distintivo entre o regime da execução provisória e o da definitiva, pois para a realização de atos de alienação de domínio e de levantamento de dinheiro o credor garantirá o juízo.⁶⁹

Tal exigência decorre da própria falta de estabilidade do título executivo e pretende minorar os efeitos danosos, caso o recurso não dotado de efeito suspensivo seja provido, já que neste caso o título executivo provisório deixará de existir, com a anulação ou reforma da decisão recorrida⁷⁰.

Desta maneira, a execução provisória é sim um instrumento para a efetividade do processo, permitindo maior exequibilidade às decisões jurisdicionais. Entretanto, sempre que houver risco de lesão ao direito da parte momentaneamente perdedora deve-se priorizar a segurança jurídica à celeridade.

A responsabilidade objetiva do exequente juntamente com a exigência de caução são maneiras de não se pensar apenas na tutela efetiva e tempestiva, lastreada em título provisório, mas de se proteger a segurança jurídica, evitando que a esfera patrimonial do devedor pudesse ser atingida sem que houvesse mecanismo apto a mitigar (caução) ou a reparar os danos (responsabilidade civil objetiva por dano processual) caso a instância recursal decida pela anulação ou reforma da decisão executada.

Neste contexto a exigência de caução para, em certos casos, se prosseguir com a execução provisória é uma técnica válida de equilíbrio processual. Bem como a responsabilização objetiva do exequente é garantia de manutenção da lealdade entre as partes do processo. Entretanto, se casuisticamente houver risco de lesões graves e de difícil reparação o melhor caminho é se atribuir efeito suspensivo ao recurso da parte provisoriamente executada, não se permitindo que a decisão produza qualquer efeito.

O amadurecimento da noção de poder geral de cautela, a possibilidade de concessão *ope judicis* de efeito suspensivo aos recursos, bem como os meios já previstos em lei de se proteger o executado (caução e responsabilidade civil objetiva do exequente) é que se

⁶⁹ OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. **Apelação no direito processual civil**. São Paulo: RT, 2009, p. 227.

⁷⁰ LUCON, 2000, p. 414.

defende que o processo civil pátrio está pronto para permitir a exeqüibilidade imediata da sentença.

O anseio pela celeridade e efetividade processual proporcionada pela execução provisória, inclusive prestigiando-se as decisões já proferidas ao longo do processo de conhecimento, É legítimo, mas sempre encontra limites no risco de lesão injustificada que sofre a outra parte, sendo preciso bom senso ao se analisar caso a caso. Se não, garantir-se-ia a celeridade em detrimento da segurança jurídica e isto seria um desrespeito constitucional tão grave quanto desconsiderar o direito ao processo sem dilações indevidas.

CONCLUSÃO

As últimas reformas processuais procuram compatibilizar o processo, com o seu arcabouço constitucional, no qual efetividade e celeridade na prestação da tutela jurisdicional são garantidos, pois as noções de processo sem dilações indevidas e segurança jurídica andam juntos.

Do ponto de vista constitucional, ambos os valores são complementares e não antagônicos, por decorrerem do devido processo legal, que governa não apenas a atividade jurisdicional em si, mas toda a atuação do Estado.

Aliás, encontrar o melhor equilíbrio entre estes dois valores é essencial para um processo justo e uma prestação jurisdicional adequada e sem delongas desarrazoadas.

A satisfatividade provisória é possível sempre que a apelação não for recebida em seu duplo efeito, o que parece despontar como uma nova tendência do processo civil moderno, cujo anseio da tutela concedida *a contento tempore* e com observância do devido processo legal.

São duas sistemáticas de atribuição do efeito suspensivo aos recursos: *ope legis*, por previsão do legislador, viu-se que na apelação o duplo efeito atualmente é a regra, e *ope judicis*, mediante requerimento da parte, no qual o juiz, para evitar grave dano pela produção imediata de efeitos da decisão, pode atribuí-lo.

Enquanto, a execução provisória tem uma sistemática única, aquela prevista pelo legislador, constitui, destarte, um regime fechado, que não comporta autorização *ope judicis*. Assim, a exequibilidade imediata do *decisum* fica adstrita às parcas hipóteses de autorização legislativa.

Permitir ao credor a satisfatividade imediata da pretensão reconhecida em decisão sobre a qual paira recurso é uma forma de se garantir a efetividade da prestação jurisdicional, basta que não haja um descuido da segurança jurídica e dos interesses do executado, pois a efetividade não importa em esquecer ou mitigar o valor segurança jurídica, mas uma adequação deste às previsões constitucionais do processo.

É consentâneo com a configuração que a Constituição dá ao processo efetivar as sentenças de maneira mais célere, desde que não se olvide a proteção ao sucumbente de decisão que não resta imutabilizada, pois pendente julgamento de recurso. Os interesses do executado não foram descuidados pelo legislador – nem poderiam ser – que previu a responsabilidade objetiva do exequente, bem como a exigência de caução suficiente para a prática de atos expropriatórios.

Revela-se imperiosa a estruturação da execução provisória como regra, obstando a satisfação daquele que vence – ainda que esta vitória possa ser cassada em sede de apelação – apenas quando houver risco de dano grave para a outra parte. Se não, deve-se dar prosseguimento à execução provisória, que ensejará responsabilidade civil objetiva do exequente caso seja considerada indevida.

A exequibilidade imediata da sentença ainda é exceção no ordenamento jurídico brasileiro, pois depende da inexistência de apelação com efeito suspensivo, mas revela-se mais do que uma tendência em vias de consumação seja com a aprovação do projeto de lei PLS 136/2004, seja no mais tardar com o novo CPC, revela-se um imperativo necessário ante ao reconhecimento da garantia fundamental de um processo sem dilações indevidas .

REFERÊNCIAS

ABELHA, Marcelo. **Manual de execução civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense universitária, 2009.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. **Coisa julgada progressiva & resolução parcial do mérito**: instrumentos da brevidade da prestação jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2008.

ASSIS, Araken de. **Manual da execução**. 12. ed. São Paulo: RT, 2009.

_____. **Cumprimento de sentença**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo**: influência do direito material sobre o processo. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2008.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Cumprimento da sentença civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. **Apelação sem efeito suspensivo**. São Paulo: Saraiva, 2010.

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos de Direito Processual Civil**. São José: Conceito, 2008.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Meios processuais para concessão de efeito suspensivo a recurso que não o tem. In: **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e outras formas de impugnação às decisões judiciais**. NERY JR., Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (coord). São Paulo: RT, 2005, v. 8.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**: execução. 2. ed. Salvador: JUSPODIVM, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do Processo Civil**. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Capítulos de sentença**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DINAMARCO, Candido Rangel. Tutela jurisdicional. **RePro**, a.21, n. 81, jan/mar. 1996, p.54-81.

FUX, Luiz. **O novo processo de execução**: o cumprimento de sentença e a execução extrajudicial. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

HENRIQUES FILHO, Ruy Alves. **Os direitos fundamentais na jurisdição constitucional e as cláusulas gerais processuais**. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006.

JORGE, Flávio Cheim. **Teoria geral dos recursos cíveis**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. **A razoável duração do processo**. Salvador: JUSPODIVM, 2009.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Eficácia das decisões e execução provisória**. São Paulo: RT, 2000.

_____. Coisa julgada, conteúdo e efeitos da sentença, sentença inconstitucional e embargos à execução contra a fazenda pública. **RePro**, a.31, n. 141, nov. 2006, p. 20-52.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: RT, 2004.

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recursos e ações autônomas de impugnação**: de acordo com a nova sistemática para os recursos repetitivos no STJ (Lei 11.672/2008 e Resolução 8/2008). São Paulo: RT, 2008.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Código de Processo Civil Comentado**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. **O novo processo civil brasileiro**: exposição sistemática do procedimento. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. “Cumprimento” e “execução” de sentença: necessidade de esclarecimento conceituais. **Revista Dialética de Direito Processual**, set. 2006, p. 56-68.

MORIN, Edgar. **A cabeça bem feita: repensar a reforma, reformar o pensamento**. 8.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

NERY JR., Nelson. **Teoria geral dos recursos**. 6. ed. São Paulo: RT, 2004.

_____. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 7. ed. São Paulo: RT, 2002.

NOGUEIRA, Antonio de Pádua Saubhie. **Execução provisória da sentença: caracterização, princípios e procedimento**. São Paulo: RT, 2005.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Efetividade e Processo de Conhecimento**. Disponível em: <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira\(3\)%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira(3)%20formatado.pdf)>. Acesso em: 22 fev. 2010.

OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. **Apelação no direito processual civil**. São Paulo: RT, 2009.

QUEIROZ, Cristina. Direitos fundamentais sociais: questões interpretativas e limites de justiciabilidade. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005, p.165-188.

SILVA, Ovídio Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SOUZA, Bernardo Pimentel. **Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

TESHEINER, José Maria Rosa. **Execução provisória**. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/wwwroot/artigosproftesheiner/execucaoprovisoria.htm>>. Acesso em: 26 fev. 2010.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

**AGRAVO DO PROJETO Nº 156/2009 E POSSÍVEIS REPERCUSSÕES NO
*HABEAS CORPUS***

***APPEAL FROM PROJECT Nº 156/2009 AND POSSIBLE EFFECTS ON
HABEAS CORPUS***

Leonardo Costa de Paula

*Professor de Introdução ao Direito da
Universidade Candido Mendes. Mestre em Direito
Público e Evolução Social na linha de pesquisa Acesso
a Justiça e Efetividade do Processo pela UNESA-RJ.
Bolsista Capes. Pós-graduado em Direito e Processo
Penal. Pós-graduado em Docência do Ensino Superior
pela UCAM-RJ e advogado criminalista com atuação
centrada no Estado do Rio de Janeiro, Advogado
integrante do Projeto de Presos Provisórios da
Associação para Revisão Prisional, Rio de Janeiro.*

RESUMO: O presente estudo faz uma análise dentro do Direito Processual Penal, cujo objetivo é analisar as repercussões do *habeas corpus* se houver a entrada em vigor do projeto de Lei nº156/2009. Utilizou-se o método analítico, crítico, dedutivo para a análise e aprofundamento do objeto de pesquisa. Com este pretende-se fazer a reforma global do Código de Processo Penal, se for aprovado e entrar em vigor tem a previsão do recurso de agravo para substituir o atual Recurso em Sentido Estrito do Código de Processo Penal. É este instituto que traz possíveis repercussões no tratamento do *habeas corpus* que tenderia a limitação pelo agravo de instrumento ou retido dentro de algumas situações definidas no projeto, analisadas de maneira superficial para não se perder o objeto de estudo. Em que pese a clara inconstitucionalidade da limitação do *habeas corpus* é possível fazer uma

interpretação conforme a constituição para adequar o futuro tratamento de maneira mais adequada e permitir que haja duas espécies de *habeas corpus* com fundamentações e utilidades distintas não sendo necessário apenas postular por tal inconstitucionalidade.

Palavras-chave: *habeas corpus*, agravo, recurso em sentido estrito, inconstitucionalidade, interpretação conforme

ABSTRACT: The present study is an analysis of the Criminal Procedural Law, which aims to analyze the impact of habeas corpus if the entry into force of the Draft Law No. 156/2009. It was used the analytical, critical and deductive method to further the research object. With this was intend to make a comprehensive reform of the Criminal Procedure Code, if adopted and come into force has the ability to forecast injury to replace the current strict sense appeal of the Code of Criminal Procedure. This institute that brings possible repercussions in the treatment of habeas corpus that would tend to limit the bill of review or retained in a few situations defined in the project, witch was discussed superficially to not lose the object of study. Despite the clear unconstitutionality of the limitation of habeas corpus is possible to interpret the constitution as to bring the future treatment more adequately and to permit two species of habeas corpus with different foundations and utilities because it is not only necessary to postulate for such unconstitutionality as it will be show.

Keywords: habeas corpus, appel in strict sense, unconstitucional, interpretation as the constitution.

INTRODUÇÃO

Por força da limitação para um objeto de estudo mais focado, selecionou-se o recurso que substituirá o atual Recurso em Sentido Estrito, qual seja, o Agravo, presente no Projeto de Lei 156/2009 podendo ser na forma de Instrumento ou Retido.

O Recurso em Sentido Estrito, dentro de nossa codificação ditatorial e autoritária limita o direito recursal do acusado para alguns casos imprescindíveis de re-análise recursal para a defesa, o que gera o alargamento da utilização do *habeas corpus* que deveria ser estreita.

Dessa forma, estudou-se o Agravo, e sua repercussão quanto a elasticidade dada atualmente no ação autônoma de impugnação em comento. Nesse sentido, foi de especial relevo chamar a atenção para o não seguimento da paridade de armas existente no recurso em sentido estrito, que a primeira vista parece estar mais equilibrada pelo Projeto 156/2009.

Outra análise que se depreendeu do objeto de estudo foi repercussão do agravo no *habeas corpus* prevendo uma limitação em sede de legislação infraconstitucional caso vigore com o texto original quanto ao exercício do direito de ação se houve recurso com efeito suspensivo previsto, o que pende para inconstitucionalidade.

1 O RECURSO EM SENTIDO ESTRITO E SUA VINCULAÇÃO DITATORIAL

Para que haja a possibilidade de se tratar da modificação que trata o Projeto 156/2009, sobre a Reforma Global do Código de Processo Penal, no que se refere ao Agravo de Instrumento ou Retido, é imprescindível tratar um paralelo acerca do contexto histórico do atual Código de Processo Penal de 1941 e sua motivação ditatorial.

Sabe-se que a necessidade dos princípios atinentes a um Estado Democrático de Direito é sempre evidente e imprescindível, principalmente quando se trata de Direito Processual Penal, para que haja a possibilidade de um processo que siga a forma dialética,

permitindo a desconstituição da tese acusatória pela defesa, o que impede o Estado de atuar arbitrariamente contra o acusado.

Apesar de sempre ressaltado é necessário asseverar que o Código de Processo Penal foi instituído em um governo autoritário, a Ditadura de Getúlio Vargas, em 1941. Esse governo autocrático tinha especificamente uma vinculação direta com o Fascismo que existia na Europa.

A menção acerca da fonte legislativa utilizada no Código de Processo Penal é expressa na exposição de motivos do mesmo. Foi utilizado o Código editado pelo Ministro da Justiça do Governo de Mussolini, Rocco. Com isso, pode-se buscar identificar a finalidade a que se propõe tal norma processual.

A identificação da finalidade do processo, dentro de um Estado possibilita que se analise e se busque entender como resolver dúvidas ou incongruências legislativas.

O atual código é oriundo de um momento fascista de uma Itália antes da Guerra Mundial, num contexto em que esta ideologia era de extrema direita, preocupada em manter a base social inabalada, que se preocupa em conservar o sistema sócio-econômico e o benefício da parcela dominante da sociedade.¹

Havia o controle da opinião pública, tanto no Brasil como em todos os outros países no qual o fascismo se implantara. Tudo isso no sentido de influenciar a população a fim de que não se questionasse o governo.

Francisco Campos, signatário da exposição de motivos já define que para a coordenação de um “Código único para todo o Brasil, impunha-se o seu ajustamento ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinquem”.²

Dentro do momento fascista do estado brasileiro, não resta dúvida de que o Processo Penal era justamente o *locus* ideal para que se efetivasse a ação repressiva do Estado, ou seja, aplicar a lei ao caso concreto, sendo necessário restringir o “tão extenso

¹ KONDER, 1991, p. 5.

² CAMPOS, 2003, p. 395.

catálogo de garantias e favores que a repressão se torna necessariamente defeituosa e retardatária”.³

Identificar a atuação do advogado e vinculação das garantias ao réu já foi visto em outro momento histórico, de grande relevo, qual seja, a inquisição, nela, a presença do Advogado estava incluído no capítulo que trata a respeito dos Obstáculos à rapidez de um processo⁴, tal qual o atual Código de Processo Penal.

Essa digressão é imprescindível para verificar a finalidade do processo, e qual o papel do Estado dentro dessa divisão, ao que tudo indica, tanto pela exposição de motivos quanto pelos resquícios claramente inquisitoriais presente no mesmo código, a finalidade do processo penal era efetivar o aparato repressivo penal, buscando-se a máxima verdade real, não importando o resguardo de garantias, apesar de verdade só existir na cabeça de quem busca algo para legitimar sua fúria inquisidora.

O Recurso em Sentido Estrito, que é o atual foco para a comparação com seu provável substitutivo do projeto segue essa linha ditatorial e arbitrária, diminui a amplitude da defesa, impede, na maioria das vezes, que a defesa se insurja contra atos manifestamente nulos.

Quando se trata do recurso em sentido estrito fica evidente que há grande aviltamento da paridade de armas, note-se que as decisões que a) não receber a denúncia; b) concluir pela incompetência do juízo; c) julgar procedente exceção; d) não conceder requerimento de prisão preventiva; e) revogar prisão preventiva; f) conceder liberdade provisória; g) relaxar prisão em flagrante; h) absolver o réu; i) que anular processo; são recursos adstritos somente à acusação.

Se só a acusação poderá recorrer em sentido estrito no caso do não-recebimento da denúncia e a defesa fica impedida de recorrer por força do recebimento da denúncia, é claro que há uma quebra da paridade de armas, insuperável.

A análise deste recurso permite perceber que há manifesta intenção de conferir ao recebimento da denúncia uma normalidade, ou seja, é a regra. Assim, quando houvesse

³ *idem, ibidem.*

⁴ EYMERICH, 1993.

uma acusação, o usual e esperado é que ela fosse recebida, pois, pela sistemática do atual código seria possível o juiz modificar tanto a tipificação quanto a narrativa fática do que estaria sendo processado, isso já na sentença, sem nem mesmo importar a defesa neste processo.

A expectativa é vinculada à uma presunção e normalidade, essa “*expectativa antecipa um preenchimento (...) que, até indicação em contrário será sempre o preenchimento projectado a partir do que se presume expectável, a partir do que convém à noção de normalidade*”⁵.

Portanto, é mais que evidente que o atual Código de Processo Penal, não só faz com que a busca da verdade pelo juiz ocorra, mas até que seja o recomendável, impedindo que se escoe a substância do processo, nos moldes da sua exposição de motivos, que é efetivamente alcançar um decreto condenatório.

A finalidade proposta ao processo penal dentro de tal codificação é a de ser diretamente eficaz, com alto índice de condenações, conforme vimos normalidade é que quando denunciado seja condenado.

Vencendo a idéia de que o Processo Penal é o *locus* para se discutir a questão da impunidade, passando para o ideário que permeia um Estado Democrático de Direito, é necessário que a liberdade seja a regra. E da mesma forma, não ser processado é a regra. Por isso passar a faculdade de recorrer da decisão que recebe a denúncia será de grande mudança para o espectro inquisitorial presente no Código atual, já que atualmente não poderá se utilizar o Recurso em Sentido Estrito para tal.

No sistema atual, permeado pela ideologia legitimada do Estado Novo de Getúlio, na qual a regra deveria ser condenar, somente seria possível se insurgir, pela mesma via processual, quando houvesse o não recebimento da denúncia, ou seja, um recurso nesse caso apenas da acusação.

Isso comprova claramente que a regra era o recebimento da denúncia, quando havia o recebimento o normal foi cumprido, assim como quando havia o não reconhecimento de

⁵ MARTINS, 2009, p. 544.

alguma exceção, esse não reconhecimento nunca poderia ensejar uma via recursal, pois seria um meandro técnico para se escoar a suposta justiça pretendida.

Cumprir registrar que as políticas penais do fascismo implicam sempre a edição de política punitiva mais severa, aumentando o grau de repressão, sem precedentes, nessa esfera.

O princípio da mera legalidade é o princípio que prevalece em ideologias totalitárias, assim, qualquer conteúdo normativo ganha valor, no qual a forma jurídica não é instrumento ou garantia para assegurar valores ou até interesses externos ao Estado. O princípio da mera legalidade é utilizado de forma irracional e decisionista.⁶

Não é na esfera penal que se resolverá as mazelas da sociedade, das quais não cuida nem o Direito Penal, muito menos o Processo Penal. A identidade da impunidade é sempre um socorro populista fracassado, mas é mais fácil e bem mais aceito pela população, sem ignorar que as “necessidades do grupo politicamente dominante em sua luta para manter o poder sobrepuseram-se a todas as outras considerações e levaram a um grau de repressão sem precedentes somente nessa esfera”.⁷

E isso influencia a dilatação do uso da via estreita do *habeas corpus*, pode-se notar que Estados autoritários carregam essa problemática, a ação autônoma de impugnação passa a ser a pedra de salvação para muitos casos, o *habeas corpus* perde a sua finalidade precípua, que é a de apresentar o corpo, quando custodiado, que é a de ser utilizado para aqueles que têm ameaça direta ao direito da liberdade, passando a ser utilizado preventivamente.

Com o atual sistema, portanto, vários pedidos diretamente atinentes ao processo serão requeridos ao grau recursal através do *habeas corpus* simplesmente porque não há a previsibilidade de utilização do próprio processo para impugnação das decisões.

O atual código quando trata do *habeas corpus* como um recurso, coloca que a coação ilegal a que se poderá utilizá-lo é a) ausência de justa causa; b) prisão por mais tempo que o determinado por lei; c) coação por autoridade não competente; d) cessou

⁶ FERRAJOLI, 2004, p. 230-231.

⁷ RUSCHE, 2004, p. 281-282.

motivo da coação; e) inadmissão da fiança; f) processo manifestamente nulo; g) extinta a punibilidade.

Praticamente o *habeas corpus* é atualmente a antítese ao recurso em sentido estrito, enquanto que este teria o foco de alcançar praticamente a identificação de um recurso privativo da acusação, aquele é uma ação autônoma de impugnação a qual irá conter pedidos que tocam a defesa.

A utilização do *habeas corpus* é uma fuga, um paliativo, mas não é o mais adequado. Os assistidos pela defensoria pública não detém a mesma atenção, o que permite um déficit de confecção e acompanhamento dessa ação. Isso por si cria uma limitação da atuação para os acusados, impedindo muitas vezes a revisão das decisões que ferem direitos dos jurisdicionalizados.

2 O NOVO PARADIGMA PROCESSUAL – A CONSTITUIÇÃO E O AGRAVO

Com o novo paradigma constitucional dado em 1988, verifica-se significativa evolução na perspectiva de perseguição do injusto penal. O Estado brasileiro passa a assumir a função de Estado Constitucional Democrático de Direito⁸, doravante tratado de Estado Democrático de Direito, e não mais deveria se ignorar os ditames substanciais proscritos na carta maior.

Com esta mudança ideológica representada pela Constituição de 1988 é imperioso que haja a mudança de tratamento da esfera processual penal, no sentido de permitir a satisfação de todo um arcabouço para preservar as garantias do réu.

⁸ De acordo com Canotilho, o Estado Constitucional moderno não se limita a um Estado de direito, eis que *ele tem de estruturar-se como Estado de direito democrático, isto é, como uma ordem de domínio legitimada pelo povo*. O mesmo autor acrescenta que *A articulação do ‘direito’ e do ‘poder’ no Estado constitucional significa assim, que o poder do Estado deve organizar-se a se exercer em termos democráticos* (CANOTILHO, 2003, p. 98). Pode-se utilizar em consonância a esta a definição de Estado de Direito Social, que abarca a idéia de democracia substancial, no qual incorpora a prestação positiva dada pelo princípio da legalidade no tocante a garantir positivamente direitos sociais, de acordo com FERRAJOLI, , 2004, 861-864.

O Garantismo Penal não se preocupa com o mero legalismo, formalismo ou processualismo; antes disso, cuida de tutelar os direitos fundamentais à vida, liberdades pessoais, civis e políticas, na senda dos direitos individuais e coletivos, por se encontrar alicerçado na tutela dos direitos fundamentais.⁹

Dessa forma, no processo penal deve estar presente a idéia de racionalidade, de modo que o processo possibilite ao debilitado o mínimo sofrimento possível, seja a vítima de um delito, seja o acusado no curso do processo penal. Com base nessa premissa, criam-se leis, orientadas à máxima tutela dos direitos e, na falibilidade do juízo e da legislação, tem a intenção de tolher o poder punitivo, evitando qualquer tipo de violência arbitrária.¹⁰

O modelo garantista, *per se*, não seria suficiente, eis que demanda “uma reestruturação do sistema penal, de forma que a legalidade processual não mais potencialize a seletividade ou propicie o surgimento das cifras ocultas”.¹¹

Assim, vencendo a ideologia que embasou a edição do Código de Processo Penal de 1941, de cunho fascista, cumpre superar a herança de Getúlio que trouxe codificação que, quando importada, já estava ultrapassada.

Especial relevo recebe a contribuição de Thomas Hobbes¹² que baseava seu contrato social no medo da população, definindo a máxima o homem é o lobo do próprio homem. Assim, quando o homem abre mão de sua liberdade, o faz para poder ter uma vida mais satisfeita, excluindo a condição de guerra natural que teria o homem sem a existência do Estado, o que limitaria a manifestação de suas paixões, permitindo que não prosperasse somente a lei do mais forte.¹³

Enquanto que sistemas repressivos penais autoritários se vinculam ao princípio mera legalidade, conforme já esclarecido, dentro de um Estado que se afirme Democrático e embasado pelo Direito, é imprescindível a ampliação da interpretação da legalidade, através da estrita legalidade, que definirá a reserva absoluta da lei, dirigida a quem

⁹ FERRAJOLI, 2004, p. 28-29.

¹⁰ CARVALHO, 2003, p. 84.

¹¹ CASARA, 2004, p. 100.

¹² MALMESBURY, acessado em 04 de agosto de 2009.

¹³ *idem, ibidem*, p. 59.

prescreve a taxatividade, o legislador e definindo com precisão empírica as formulações legais.¹⁴

No caso específico, pela estrita legalidade deveria ter ocorrido a reparação da utilização do próprio Recurso em Sentido Estrito adequando o mesmo com a possibilidade de o acusado, ou indiciado, poder se insurgir contra todos os atos atinentes a este recurso quando o prejudicasse.

A paridade de armas consiste em permitir as mesmas oportunidades e até a utilização de instrumentos iguais. Efetivar esta paridade de armas é colocar a defesa, “no mínimo, em pé de igualdade com a acusação”¹⁵. Nenhuma razão consiste em dar uma proteção maior ao Estado, beneficiando a parte mais forte desta relação, já que no plano real sua posição já é manifestamente superior.¹⁶

Nesse sentido, a própria exposição de motivos do Projeto de Lei 156/2009, esclarece que o agravo superará a utilização massiva do *habeas corpus* para se insurgir contra a própria decisão do recebimento de denúncia, entre outros.

É justamente neste sentido que caminha o Agravo de Instrumento e Retido que vem prescrito no Projeto de Lei 156/2009, ou seja, a paridade de armas poderá ser efetivada nessa via recursal, compensando o crasso equívoco que ainda existe por força da ideologia fascista.

O Agravo, via de regra, será retido, ou seja, só será analisado caso haja a revisão em sede de apelação de acordo com o projeto do Código de Processo Penal, devendo ser requerido sua análise expressamente nas razões ou resposta do recurso de Apelação para que seja apreciado.

Qualquer decisão poderá ser agravada, mas, por força do princípio da oralidade este agravo será retido e só será analisado no futuro grau recursal, o que impedirá que haja interrupção desnecessária no rito processual, o que causa um prejuízo sob a análise da imediação, da identidade física do juiz e ainda, no sentido de se resguardar a substância apreendida em sede de instrução por ele, preservando ao máximo a audiência una.

¹⁴ FERRAJOLI, 2004, p. 35.

¹⁵ KARAM, 2008, p. 401.

¹⁶ *idem, ibidem*, p. 402.

Para que o agravo seja tratado como de instrumento, deverá se adequar ao artigo 463 do projeto citado, que de forma taxativa define os casos em que se poderá utilizar esta via recursal.

O recurso de recebimento da denúncia deixa de ocorrer somente no não recebimento, ou seja, somente pelo membro ministerial, possibilitando que quando ocorra o recebimento já se impugne de forma instrumental e possa ter a revisão da matéria pelo grau recursal competente, sem a necessidade de utilização do que vige hoje, o ingresso com uma ação autônoma de impugnação, o *habeas corpus*.

Assim como a declaração da competência ou incompetência, rejeição de exceção processual, pronúncia do acusado, questões referentes a medidas cautelares, independente de ser deferimento ou indeferimento, no caso de serem medida pessoal ou real poderão ser agravadas por qualquer das partes.

Com isso, vemos que a via do *habeas corpus* como pedra de salvação se restringirá naturalmente. A defesa sempre que achar cabível, e sem sair da esfera de atuação do próprio processo existente poderá requerer a revisão da matéria tratada no aludido artigo.

O agravo de instrumento além de receber o efeito devolutivo sempre, terá facultado seu efeito suspensivo, enquanto que o retido somente será devolutivo. Sendo efeito suspensivo se permitirá alcançar os mesmos efeitos pleiteados em sede de ação autônoma de impugnação.

Para que se confira ao agravo de instrumento o efeito suspensivo será necessário que seja relevante a fundamentação do pedido neste sentido, desde que resulte lesão no caso da não suspensão do processo, entretanto, no âmbito do Processo Penal, as decisões arroladas pelo artigo 463 fica inerente o prejuízo, já que infere diretamente aos direitos de liberdade e de ser processado, não podendo ficar simplesmente adstrito a um juízo de admissibilidade do efeito suspensivo pelo juiz.

Ocorre que, se assim for, o *habeas corpus* perderá a sua identificação atual, em princípio, uma vez que o mesmo é utilizado em grande parte atualmente para sanar a falha que o recurso em sentido estrito permite, dentro desta codificação autoritária.

Por si só poderá se readequar a via de impugnação de decisões interlocutórias, alinhando o sistema recursal atualmente vigente pela codificação que impede a paridade de armas, possibilitando, inclusive, que o acusado patrocinado pela Defensoria ou advocacia do interior se insurja contra as decisões, de maneira a fazer a decisão ser efetivamente revista pelo grau recursal.

Com isso, incidentalmente deve-se falar acerca do tratamento do *habeas corpus* no Projeto 156/2009, a primeira parte do artigo 635 é praticamente idêntica ao artigo 5º da CRFB. Entretanto, a parte final do citado artigo do projeto há uma fracassada tentativa de restringir a utilização do *habeas corpus* no caso de punição disciplinar, enquanto que no inciso constitucional não há tal restrição, além de que poderá ocorrer por força de ilegalidade ou abuso de poder.

O Projeto em comento, além disso, restringe a coação ilegal a um rol taxativo que se encontra no artigo 636, o que não é suficiente, onde não coube ao constituinte originário distinguir, não cabe ao legislador ir além, ainda mais restringindo a utilização da via do *habeas corpus*.

Nos moldes da exposição de motivos se diz que só nos tempos autoritários que tem a necessidade da interpretação ampla do cabimento do *habeas corpus*, que seria um “*subrogado universal das impugnações recursais*”¹⁷.

O que nos remete diretamente ao ponto de maior discordância analisada no presente estudo, que se dá no Parágrafo Único do artigo citado, no qual se impede a admissão do *habeas corpus* quando há a previsão de recurso com efeito suspensivo.

Quando se verifica que o defensor público ou advogado, utilizem a via do *habeas corpus* poderia se pensar que seria uma maneira a tumultuar o processo originário, ou até alcançar a consecução de uma decisão mais rápida podendo se fundamentar, sem análise técnica suficiente, tal tipo de restrição.

Entretanto, cabe analisar que para que haja o recebimento de um recurso de agravo, quando da vigência do Projeto de Lei 156/2009, é imperioso que para a sua utilização o advogado ou defensor sejam bastante procuradores do acusado.

¹⁷ CARVALHIDO, 2009.

Já o *habeas corpus*, por se tratar de uma ação autônoma de impugnação cuja legitimidade para a propositura do mesmo é universal, ou seja, qualquer um pode ingressar em juízo no sentido de requerer a prestação jurisdicional para coação ou ameaça a direito, tanto em se tratando de ilegalidade ou abuso de poder, independente de ter procuração no processo originário não há restrição da via.

Com isso, é patente de inconstitucionalidade a limitação processual de impedir o cabimento de *habeas corpus* quando houver a possibilidade de utilização de recurso com efeito suspensivo. E nesse sentido se repete que não cabe ao legislador infraconstitucional distinguir onde o legislador constitucional não distinguiu e muito menos limitar a utilização de tal ferramenta de ingerência contra as violações às garantias que possa sofrer o foco de proteção estatal, o cidadão.

Vale lembrar que, limitação ou suspensão do *habeas corpus* já ocorreu recentemente no Brasil, pelo artigo 10 do Ato Institucional número 5 de 13 de dezembro de 1968: “*Fica suspensa a garantia de habeas corpus , nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular.*”

Portanto, apesar da exposição de motivos se definir que só em regimes autoritários o *habeas corpus* tem sua utilização alargada, a sua exclusão ou limitação pende, da mesma forma, para o autoritarismo, sendo uma garantia política inerente ao cidadão e não poderá ser suspensa, nem limitada. Sendo uma idiosincrasia falar o contrário, ou até a universalização da ignorância.

Dessa maneira, fica evidente que, tentando o efeito suspensivo do agravo, o defensor e não alcançando, continuará facultado ao mesmo utilizar o *habeas corpus* com base constitucional, já que é um direito constitucionalmente garantido, independentemente da redação citada no projeto de lei.

O Estado não subsiste sozinho, ele depende do cidadão, por isso, o fim da efetivação do poder judicial não se dá diretamente relacionado ao poder pelo poder, mas direcionado para a proteção dos cidadãos, uma vez que estes são o fim cujo Estado é o meio. A inversão

da concepção teleológica, passando o Estado a fim e o cidadão o meio resulta no totalitarismo hegeliano, base teórica do Estado Nazista.¹⁸

Não há portanto o que se falar em limitação do direito de ação em sede de *habeas corpus*, mesmo que a parte tenha procuração para tanto, a escolha entre uma decisão recursal dentro do processo ou uma decisão em sede de *habeas corpus* é indiferente, uma vez que há repercussão diferente em escolher uma via ou outra, e ainda, no tocante à legitimidade das partes.

Não basta o projeto ser aplaudido e ter acertado na mudança ocorrida no agravo para vir posteriormente tentando expressar uma inconstitucionalidade, tentando limitar o aludido direito de ação, que não é possível já que se trata de uma cláusula pétrea a utilização de tal ação autônoma de impugnação.

Mas, não precisa ser definido que a limitação da utilização do *habeas corpus* seja inconstitucional. Isso não é necessário. Observa-se que com a identificação desta identidade pelo legislador infraconstitucional poderemos utilizar uma leitura conforme a constituição.

Vigorando o atual projeto de lei, o que será visto é um gênero com duas espécies. Ou seja, a garantia política do *habeas corpus* poderá ser utilizada com sua fundamentação constitucional, cuja a legitimidade é irrestrita e o uso se dá para qualquer possível vulneração ao ir e vir, e no caso da utilização da fundamentação infraconstitucional, que seria a do projeto, teremos uma outra espécie de *habeas corpus* cuja utilização ficará condicionada às definições já tratadas.

3 À GUIZA DE CONCLUSÃO

No que tange a edição do Projeto de Lei 156/2009, referente ao substitutivo do recurso em sentido estrito, se nota que terá uma profunda mudança a respeito do desrespeito à paridade de armas das partes no processo penal.

¹⁸ FERRAJOLI, 2004, p. 888.

Em princípio, o recurso em sentido estrito limita o direito recursal da parte mais fraca do processo no principal ato de instauração do processo, só sendo possível haver recurso sobre o recebimento da denúncia, pelo membro ministerial quando houvesse seu não recebimento, ou no tocante à liberdade do acusado.

Pelo agravo, tanto do instrumento como retido, ter-se-á melhora substancial no tocante à revisão da análise das condições para o regular exercício do direito de ação e sua aceitação, adequando a paridade de armas aviltada pelo recurso em sentido estrito.

Essa mudança paradigmática trará reflexos no tocante a utilização do *habeas corpus*, que era a pedra de salvação contra qualquer ameaça a direito presente antes e durante um processo instaurado.

A citada ação autônoma de impugnação é até então a única maneira de fazer ser re-analisado o recebimento da denúncia e a maioria dos constrangimentos pessoais que um indiciado ou acusado podem sofrer.

Há um extravasamento da vontade do legislador originário pela edição deste projeto, tendendo a limitar o *habeas corpus* através do futuro Código de Processo Penal às medidas constritivas pessoais e quando não houver recurso com efeito suspensivo previsto para o caso, que, sendo aprovado, deverá ser ignorado tal limitação.

A limitação no direito de agir do cidadão não poderá suplantar a Constituição que permite essa legitimidade de maneira universal, podendo o *habeas corpus* ser exercido por qualquer do povo a que se propõe defender os direitos fundamentais do indiciado, acusado ou quem quer que possa sofrer violações aos seus direitos de locomoção.

Nesse aspecto, sustentando-se a constitucionalidade desta limitação, faz-se crer que existirão dois tipos de *habeas corpus*, um, embasado em sede constitucional, e o outro em sede processual, caberá, portanto, ao defensor escolher sua fundamentação legal quando do exercício do direito de ação. Esta ação autônoma de impugnação é uma das máximas proteções políticas que detém o cidadão, sendo impossível pensar que o *habeas corpus* constitucional poderá ser limitado.

Apesar do grande avanço existente nesse projeto, essa limitação tende à inconstitucionalidade, uma vez que mesmo que o exercedor do direito de ação possa utilizar-se da via do futuro agravo do Projeto de Lei 156/2009, jamais poderá ter limitado seu direito de agir, independente do que diga a lei.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CAMPOS, Francisco. Exposição de Motivos do Código e Processo Penal. *in Constituição federal, código penal, código de processo penal*. Org. Luiz Flávio Gomes, 6 ed. rev. atual.ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

CANOTILHO. José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHIDO, Hamilton e OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Exposição de motivos do Projeto 156 – Código de Processo Penal*, 2009.

CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CASARA, Rubens. *Interceptação retrospectiva: sociedade brasileira e processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

EYMERICH, Nicolau. *Manual dos inquisidores*. Comentários Francisco Peña; Trad. Maria José Lopes da Silva. 2 ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1993.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoria Del garantismo penal*, 6 ed. Madrid: Trota, 2004.

KARAM, Maria Lucia. *O direito à defesa e a paridade de armas*. In PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas, *Processo penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988*, Rio de Janeiro, 2008

KONDER, Leandro. *Introdução ao fascismo*. 3 ed. São Paulo: Graal, 1991.

MALMESBURY, Thomas Hobbes. *Leviatã*. Disponível em:
<<http://download389.mediafire.com/igeerh3lnhlg/0ygymbfmjfy/LEVIAT%C3%83+-THOMAS+HOBBES+DE+MALMESBURY.pdf>> acessado em 04 de agosto de 2009.

MARTINS, Rui Cunha. *Estado de direito, evidência e processo: incompatibilidades electivas*. In Brandão, Cláudio *et all*. *Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

RUSCHE, Georg e KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. 2 ed. Trad. Gizlener Neder. Rio de Janeiro: Revan, 2004.
