REVISTA ELETRÔNICA DE DIREITO PROCESSUAL

www.revistaprocessual.com

1ª Edição

Outubro a Dezembro de 2007

Rio de Janeiro

APRESENTAÇÃO

Sempre se reflete quanto ao trabalho de pessoas que parecem estar envolvidas com diversas atividades, principalmente quanto ao "Como?".

Como conseguem?

Como fazem tanta coisa?

Como dá tempo para tudo isto?

Como têm energia e amor por tudo?

E numa tarde do primeiro semestre de 2007 obtive uma resposta, sem palavras, sem discursos, sem tons proféticos.

As "pessoas que fazem", as "pessoas que produzem", as "pessoas que criam" são inquietas, tendentes a mudar o mundo, sempre procurando dar o melhor de si e extrair o melhor de todos os outros a cada dia.

Mas o que teria isto a ver com a apresentação da 1ª Edição da Revista Eletrônica de Direito Processual?

Em primeiro lugar, para explicar o "processo do parto", o qual aconteceu na referida tarde, como tantas outras de 2007, na qual perante a presença do Professor e Doutorando Delton Meirelles, do que lhes fala e de outro Mestrando da UERJ, o Professor Leonardo Greco, na expectativa do acontecimento de um novo CONPEDI[1] no mês de novembro de 2007; após o último que o mesmo acabara de ajudar a promover perante a Faculdade de Direito de Campos dos Goitacazes; manifestou a sua constante preocupação e insatisfação com a "baixa quantidade de produção acadêmica" com visibilidade para fora da Academia, do programa de Pós-Graduação da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, fato este que também se dá em diversas outras Instituições de nível superior nacionais.

[1] CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – www.conpedi.org.

Em tom de conversa foram ainda abordadas as questões: (1) da dificuldade de publicação dos trabalhos acadêmicos sobre Processo; (2) da enorme quantidade de trabalhos acadêmicos que são elaborados semestralmente pelos Mestrandos, e a partir de 2008 – Doutorandos, em Direito Processual da UERJ; (3) da qualidade dos referidos trabalhos semestrais; (4) da necessidade de dar "conhecimento e visibilidade" ao "mundo externo das pesquisas sobre Processo"; e, (5) da necessidade de criação de meios de comunicação adequados a velocidade das transformações das matérias processuais, seja em decorrência das ininterruptas "reformas", seja diante do "trabalho incessante, incansável e numeroso" dos Tribunais de Justiça, Federais e Superiores, seja pela "mutação da doutrina" para adequar e construir um Processo socialmente devido, efetivo e justo para o atual Estado Democrático de Direito brasileiro.

Sem se perder tempo; como aprendido desde então; e diante das idéias lançadas pelo Professor Leonardo Greco, foi proposta a criação de um "meio para publicação eletrônica de materiais sobre Direito Processual", sendo este o "marco" para a criação e desenvolvimento deste "meio", que se entendeu denominar carinhosamente de REVISTA ELETRÔNICA DE DIREITO PROCESSUAL.

A REVISTA ELETRÔNICA DE DIREITO PROCESSUAL se encontra no endereço eletrônico www.revistaprocessual.com, sendo composta das seguintes partes:

- Apresentação (Fale conosco, Conselho Editorial, Colaboradores, Editor);
- Edições eletrônicas (Artigos, Pareceres, Estudos, ...), ordenados por Edição e Ano;
- Monografias (Graduação, Especialização, Mestrado, Doutorado, ...);
- Jurisprudência;
- Legislação;
- Livros e Eventos;
- *Links* úteis.

Quanto as EDIÇÕES ELETRÔNICAS, as mesmas encontram-se organizadas da seguinte forma:

- 1ª PARTE: ARTIGOS, ESTUDOS, RESENHAS, PARECERES, ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA e JURISPRUDÊNCIA TEMÁTICA; e,

- 2ª PARTE: MONOGRAFIAS e LIVROS ON-LINE, publicados em uma das Edições Eletrônicas e depois disponibilizados no SITE, na área específica.

Entretanto, além da participação e orientação do Professor Leonardo Greco, o Projeto ainda conta com o entusiasmo dos Professores Humberto Dalla, Aluisio Mendes, Delton Meirelles e a Professora Sabrina Morais; os quais imediatamente aderiram ao Projeto; além do apoio do Professor Livre-Docente de Direito Processual da UERJ Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, principalmente quanto ao meio para a publicação das valiosas e inéditas Dissertações de Mestrado e futuras Teses de Doutorado que germinam anualmente do Programa de Pós-Graduação *Stricto-sensu* da UERJ.

Os primeiros Professores e Professora integram o Conselho Editorial, presidido pelo Doutor Leonardo Greco.

Enquanto ao Professor Paulo C. P. Carneiro dedicam-se palavras de admiração, afeto e respeito pela incansável "batalha diária" que vem desenvolvendo em parceria com o Professor Livre-Docente da UERJ e Ministro do STJ Luiz Fux, para o aprimoramento do Direito Processual nos moldes traçados entre "as paredes da Escola Processual de Copacabana" do Mestre José Carlos Barbosa Moreira.

Na primeira EDIÇÃO ELETRÔNICA, referente aos meses de outubro a novembro de 2007, a SEGUNDA PARTE será composta pelo Livro Eletrônico nela encartado, decorrente de estudos realizados para o Grupo de Pesquisa "Obervatórios das Reformas Processuais" dirigido pelo Professor Leonardo Greco desde o 1º semestre de 2007 e, pela Monografia de Gustavo Fontes Valente "Em defesa da validade e eficácia da Cláusula Compromissória", apresentada à disciplina Teoria Geral do Processo da Pós-Graduação *Stricto sensu* da UERJ.

Após a publicação eletrônica da 1ª Edição em 30 de dezembro de 2007, adotar-se-ão as medidas necessárias para a obtenção do ISSN, além de se pretender apresentar as informações para que os interessados obtenham o ISBN de suas Monografias e Livros.

Por fim, mas o que deveria ter vindo no início, deve-se agradecer e prestar homenagens a incomensurável boa vontade do Presidente do Conselho Editorial por ter determinado ao Editor, nada mais do que um discípulo, a honra de lançar as linhas desta apresentação, pelo que se presta ao mesmo as homenagens devidas.

A APRESENTAÇÃO na verdade, não é do Editor, mas de todos os que participam deste "sonho", quais sejam: Professor Dr. Leonardo Greco, Professor PhD. Humberto Dalla B. de Pinho, Professor PhD. Aluisio G. C. Mendes, Professora Dra. Sabrina Morais, Professor Msc. Delton Meirelles, André Vasconcelos Roque, Aloisio Libano, Ana Carolina Weber, Daniel Coelho, Diogo Rezende de Almeida, Fernanda Medina Pantoja, Flávia Pereira Hill, Mario Felippe de Lemos Gelli, Henrique Guelber de Mendonça, Isabella Gameiro, Laura Oliveira Vidon, Matrina Magalhães Lopes, Márcio Carvalho Faria, Patrícia Maria Núñez Weber, Thiago Brega de Assis.

Por fim, aguarda-se que participantes de outras Faculdades de Direito e outros Programas de Pós-Graduação do Brasil aproveitem, utilizem e participem deste PROJETO, que mesmo nascendo dentro do seio da Pós-Graduação S*tricto sensu* em Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, ao mesmo não deve ficar restrito.

Saudações!

Rio de Janeiro, 30 de dezembro de 2007.

Mauricio Vasconcelos Galvão Filho
Editor-Mantenedor
editor@revistaprocessual.com
Revista Eletrônica de Direito Processual
www.revistaprocessual.com

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO 2

1ª PARTE:

I. OS ATOS DE DISPOSIÇÃO PROCESSUAL – PRIMEIRAS REFLEXÕES 7
Leonardo Greco

II. A LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA A PROPOSITURA DE AÇÕES CIVIS PÚBLICAS: PRIMEIRAS IMPRESSÕES E QUESTÕES CONTROVERTIDAS 29
Humberto Dalla Bernardina de Pinho

III. CONSTRUINDO O CÓDIGO BRASILEIRO DE PROCESSOS COLETIVOS: O ANTEPROJETO ELABORADO NO ÂMBITO DOS PROGRAMAS DE PÓS-GRADUAÇÃO DA UERJ E DA UNESA 49
Aluisio Gonçalves de Castro Mendes

IV. *LA PROTECCIÓN DE DATOS EN EL ÁMBITO ESPAÑOL Y EL PANORAMA JURÍDICO BRASILEÑO* 57
Sabrina Morais

IV. MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS: JUSTIÇA COEXISTENCIAL OU EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA? (*ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION: COEXISTENCIAL JUSTICE OR ADMINISTRATIVE EFFICIENCY*) 70
Delton R. S. Meirelles

V. *CLASS ACTIONS* E REFORMAS PROCESSUAIS: UM PONTO DE REFLEXÃO PARA AS AÇÕES COLETIVAS NO BRASIL 86
André Vasconcelos Roque

VI. ARBITRAGEM NAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS 125
Ana Carolina Weber

VII. REFORMAS PROCESSUAIS: SISTEMATIZAÇÃO E PERSPECTIVAS 144
Fernanda Medina Pantoja

IX. O RECURSO DE AGRAVO E A LEI Nº 11.187/05 168
Flávia Pereira Hill

X. REFLEXÕES SOBRE INSTRUMENTALIDADE, EFETIVIDADE E REFORMAS PROCESSUAIS 192
Mario Felippe de Lemos Gelli

XI. O PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE E O PAPEL DO RELATOR NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO 208
Henrique Guelber de Mendonça

XII. PROPOSTA DE REFORMULAÇÃO DO LIVRO III DO CPC: ALGUMAS REFLEXÕES 227
Laura Oliveira Vidon

XIII. O PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO ENTRE ACUSAÇÃO E SENTENÇA 251
Marina Magalhães Lopes

XIV. DA CORRELAÇÃO ENTRE A ACUSAÇÃO E A SENTENÇA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO: O ART.384, *CAPUT,* DO CPP E A OFENSA AO SISTEMA ACUSATÓRIO E ÀS FUNÇÕES PRIVATIVAS DO MINISTÉRIO PÚBLICO. 264
Márcio Carvalho Faria

XV. REFLEXÕES SOBRE O ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO PENAL CONDENATÓRIO. 297
Patrícia Maria Núñez Weber

2ª PARTE:

XVI. EM DEFESA DA VALIDADE E EFICÁCIA DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA
MONOGRAFIA DE CONCLUSÃO DA DISCIPLINA TEORIA GERAL DO PROCESSO 328
Gustavo Fontes Valente Salgueiro

XVII. ANOTAÇÕES SOBRE A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA TUTELA COLETIVA NO DIREITO BRASILEIRO
LIVRO ELETRÔNICO
Mauricio Vasconcelos Galvão Filho

I. OS ATOS DE DISPOSIÇÃO PROCESSUAL – PRIMEIRAS REFLEXÕES

Leonardo Greco*

SUMÁRIO: 1. Considerações gerais. 2. Limites. 3. Momento de eficácia. 4. Revogabilidade. 5. Regime legal. 6. Análise de alguns atos em espécie. 6.1. Pactum de non petendo. 6.2. Pactum de foro prorogando. 6.3. Convenção de arbitragem. 6.4. Autorização de juízos de equidade e de escolha da lei aplicável. 6.5. Proposições, convenções e omissões fáticas. 6.6. Disposições probatórias. 6.7. Disposições sobre o procedimento. 7. Considerações finais.

1. Considerações gerais. A concepção publicística do processo relegou a segundo plano a reflexão acadêmica sobre os limites da autonomia da vontade das partes a respeito da multiplicidade de questões que podem ser suscitadas no processo ou, simplesmente, a considerá-la sempre dependente da aprovação ou homologação do juiz, vigilante guardião dos fins sociais e do interesse público a serem atingidos e preponderantemente tutelados.

Ninguém defendeu com mais veemência essa concepção entre nós do que BARBOSA MOREIRA, em mais de um estudo[1], nos quais sempre criticou certas ondas privatizantes que, procurando associar o ativismo judicial a ideologias autoritárias, defenderam a adoção de um sistema processual em que preponderasse a autonomia da vontade das partes, como conseqüência de uma visão liberal e garantística do processo.

Apesar disso, o reconhecimento do processo civil como instrumento de tutela efetiva das situações de vantagem que a ordem jurídica confere aos particulares, decorrência da eficácia concreta dos direitos dos cidadãos característica do Estado Democrático contemporâneo, tem levado boa parte da doutrina e os sistemas processuais, em maior ou menor escala, a reconhecer às próprias partes certo poder de disposição em relação ao próprio processo e a muitos dos seus atos, reservando em grande parte à intervenção judicial um caráter subsidiário e assistencial[2]. E quando me refiro a esse poder de disposição, o faço não somente no sentido da prática de atos prejudiciais aos seus autores, mas de verdadeiros atos decisórios que vão determinar a marcha do processo e nele produzir efeitos jurídicos, ou,

---

* Professor Titular de Direito Processual Civil da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro; Professor Adjunto da Universidade do Estado do Rio de Janeiro; Professor dos Programas de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Campos e da Universidade Gama Filho.

[1] V. especialmente "O neoprivatismo no processo civil", in *Temas de Direito Processual,* 9ª série, ed. Saraiva, São Paulo, 2007, p.87/102.

[2] Um retrato da influência das ideologias no Direito Processual Civil pode ser encontrado na recente obra *Proceso civil e ideologia*, coordenada por Juan Montero Aroca (ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006), com ensaios de Franco Cipriani, Giovanni Verde, Girolamo Monteleone, Joan Pico i Junoy, José Carlos Barbosa Moreira (o estudo citado na nota anterior), Adolfo Alvarado Velloso, Federico G. Dominguez, Eugenia Ariano Deho e Luís Correia de Mendonça, e duas cartas trocadas por Augusto Mario Morello e Juan Montero Aroca.

conforme a lição de CARNELUTTI, de atos mediante os quais "o agente regula, segundo o seu interesse, a composição ou o desenvolvimento do processo" [3].

Não obstante esse poder das partes se contraponha ao poderes do juiz, não deve ser interpretado, de forma alguma, como uma tendência de privatização da relação processual, mas representa simplesmente a aceitação de que aquelas, como destinatárias da prestação jurisdicional, têm também interesse em influir na atividade-meio e, em certas circunstâncias, estão mais habilitadas do que o próprio julgador a adotar decisões sobre os seus rumos e a ditar providências em harmonia com os objetivos publicísticos do processo, consistentes em assegurar a paz social e a própria manutenção da ordem pública. Afinal, se o processo judicial não é apenas *coisa das partes*, são elas as destinatárias da tutela jurisdicional e são os seus interesses que a decisão judicial diretamente atinge, e, através deles, os seus fins últimos, embora remotos e abstratos, de tutela do interesse geral da coletividade, do bem comum e da paz social.

Entre esses atos de disposição, encontram-se as convenções das partes, assim entendidos todos os atos bilaterais praticados no curso do processo ou para nele produzirem efeitos, que dispõem sobre questões do processo, subtraindo-as da apreciação judicial ou condicionando o conteúdo de decisões judiciais subseqüentes. O que caracteriza as convenções processuais ou é a sede do ato – ato integrante da relação processual, praticado no processo -, ou é a sua finalidade de produzir efeitos em determinado processo, presente ou futuro. Muitos atos convencionais produzem efeitos em processos atuais ou futuros, embora não predispostos para esse fim. É o caso, por exemplo, do contrato de locação na ação de despejo. As partes contrataram a locação para reger a relação jurídica entre elas e não para servir de critério para o julgamento da procedência ou improcedência da ação de despejo. Apesar de utilizado pelo locador para fundamentar a ação de despejo por infração contratual, o contrato de locação não é uma convenção processual.

O conteúdo dos atos de disposição processual pode compor-se de questões substantivas – relativas ao direito material das partes – ou de questões tipicamente processuais – relativas a pressupostos processuais, impulso processual, admissão ou não de provas etc. Pouco importa. Umas e outras são questões *do processo*, suscitadas na relação processual, nela apreciadas e destinadas a produzir efeitos, sem prejuízo de eventualmente também produzirem efeitos fora do processo.

BARBOSA MOREIRA, num dos poucos estudos sobre o assunto na literatura brasileira, ressalta a disciplina lacunosa que os atos convencionais têm merecido, assim como, louvado em doutrina alienígena, distingue claramente as convenções daquelas declarações de vontade unilaterais cuja eficácia fica na dependência da concordância da parte contrária, como a desistência da ação[4].

---

[3] Francisco Carnelutti, *Sistema de derecho procesal civil*, v. III, ed. Uteha Argentina, Buenos Aires, 1944, p.7.

[4] José Carlos Barbosa Moreira, "Convenções das partes sobre matéria processual", in *Temas de Direito Processual*, 3ª série, ed. Saraiva, São Paulo, 1984, p. 88/89.

CARNELUTTI, no *Sistema*, já diferenciava os *acordos* dos *contratos* ou *convenções,* aqueles como atos *complexos*, ou seja, atos bilaterais em que a declaração de vontade de cada parte preserva a sua autonomia em relação à da outra, enquanto estes últimos são atos *compostos*, nos quais nenhum dos elementos do ato constitui um ato jurídico singular[5].

NICETO ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO refere-se às "partes que penetram na área do julgador", não se detendo na sua estrita qualidade de sujeitos que pedem, mas se transformam em sujeitos que decidem, como ocorre na prorrogação da competência, na fixação em certos casos do procedimento a ser observado, na transformação de um juízo em outro por acordo entre os litigantes ou mediante declaração unilateral de apenas uma das partes[6].

Uma investigação sobre o novo alcance que vão assumindo os atos processuais das partes certamente exigirá uma revisão da doutrina dominante, segundo a qual não cabe perquirir o conteúdo da vontade ou da causa nesses atos, cujos efeitos são pré-determinados pela lei[7].

De algum modo essa revisão já se iniciou, especialmente através da sistematização de CARNELUTTI, que defendeu a existência de verdadeiros negócios jurídicos processuais, especialmente em atos dispositivos das partes e a transcendência jurídica da vontade e da causa na teoria dos atos processuais[8]. Mais recentemente, SILVIA BARONA VILAR, na Espanha, propõe a distinção entre os atos das partes destinados a obter uma resolução judicial, como a proposição de uma prova, e os criadores de situações jurídicas, como a desistência, a renúncia, a transação, a indicação de endereço para receber intimações e o acordo entre as partes na designação do perito[9].

Nestes primeiro estudo sobre os atos de disposição das partes serão, a princípio, ignoradas essas distinções, para nos concentrarmos especialmente no exame de quatro questões a respeito de um primeiro grupo de fenômenos processuais: os limites do poder de disposição das partes, o momento de sua eficácia, o seu regime jurídico processual ou de direito material e a revogabilidade dos atos em que é exercido. Em estudos subseqüentes tentaremos dar continuidade à análise dessas questões num rol mais numeroso e mais complexo de atos de disposição e, quiçá, identificar outras afinidades que sirvam para uma compreensão mais adequada da distribuição entre o juiz e as partes dos poderes de direção do processo civil. Mas, antes, impõe-se recordar alguns princípios e regras vigentes no Direito brasileiro que poderão servir de critérios para a análise projetada.

---

[5] Francisco Carnelutti, ob. cit., p. 117.

[6] Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, "El antagonismo juzgador-partes: situaciones intermedias y dudosas", in *Estudios de teoria general e historia del proceso (1945-1972)*, tomo I, ed. UNAM, México, 1974, p.292/293.

[7] V. Giovanni Verde, *Profili del processo civile*, vol.1, Jovene ed., Napoli, 6ª ed., 2002, p.286.

[8] Ob.cit., p.87, 417/448 e 451/485.

[9] Juan Montero Aroca et. Alii, *El nuevo proceso civil (Ley 1/2000)*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 163/164.

A instauração do processo resulta em geral da iniciativa do autor (art. 262 do CPC), que individualiza a demanda através da chamada tríplice identidade, fixando o chamado objeto litigioso. Ao réu também incumbe definir as questões de direito material que possam ilidir o pedido do autor, ressalvadas as de ordem pública, que o próprio juiz pode suscitar (CPC, art. 303, inciso II). Os fatos geradores do direito material das partes, a que a lei se refere como fatos constitutivos, extintivos, modificativos ou impeditivos do direito do autor (CPC, arts. 326), também se sujeitam, em princípio, ao ônus da sua afirmação pelas partes.

Quanto às questões propriamente processuais, cumpre recordar que a falta de condições da ação e de pressupostos processuais, de um modo geral, é matéria apreciável de ofício, pouca margem havendo para a disponibilidade das partes, constituindo exceções a argüição da incompetência relativa e a argüição do compromisso arbitral (CPC, arts. 114 e 301, § 4°). Ademais, ao juiz incumbem os deveres de impulsionar o processo (CPC, arts. 125 e 262) e de determinar de ofício a produção de todas as provas necessárias à formação do seu convencimento (art. 130)[10], o que reserva à autonomia de vontade das partes pouco espaço para deliberações a respeito da marcha do procedimento e para a imposição de limitações probatórias ao juiz, apesar da expressa previsão legal de convenções sobre a distribuição do ônus da prova (art. 333, parágrafo único) e do chamado *ônus subjetivo*, que faz recair sobre a parte que não demonstrou os fatos que a ela interessam a conseqüência do julgamento desfavorável.

2. Limites. A definição dos limites entre os poderes do juiz e a autonomia das partes está diretamente vinculada a três fatores: a) à disponibilidade do próprio direito material posto em juízo; b) ao respeito ao equilíbrio entre as partes e à paridade de armas, para que uma delas, em razão de atos de disposição seus ou de seu adversário, não se beneficie de sua particular posição de vantagem em relação à outra quanto ao direito de acesso aos meios de ação e de defesa; e c) à preservação da observância dos princípios e garantias fundamentais do processo no Estado Democrático de Direito.

No processo judicial entre duas partes – e eu afasto, por ora, do meu exame as ações coletivas e os procedimenos concursuais -, os interesses de ambas podem ser disponíveis ou indisponíveis, ou apenas o de uma delas ser indisponível e o da outra ser disponível. Os titulares de direitos disponíveis podem dispor no processo do seu próprio direito material, assim como de todas as faculdades processuais cuja não utilização possa resultar, direta ou indiretamente, em julgamento contrário ao seu direito material. Como todo ato de disposição, deve ser livre e consciente: livre, por não ter sido resultado de qualquer coação ou intimidação por parte de outro sujeito que, em razão da sua posição de superioridade em relação ao disponente, impõe-lhe a sua vontade para sujeitá-lo a um mal qualquer, ainda que justo; e

[10] Talvez o maior reflexo do dilema liberdade x autoridade no processo civil moderno se encontre na iniciativa probatória. Nos países que adotam códigos considerados liberais, essa iniciativa incumbe exclusivamente às partes, o que é tido como conseqüência necessária do princípio dispositivo (V. Salvatore Satta, *Manual de Derecho Procesal Civil*, vol.I, ed. EJEA, Buenos Aires, 1971, p.165/166), que se contrapõe ao princípio inquisitivo, prevalente nas causas que versam sobre direitos indisponíveis.

consciente de que o ato de disposição pode lhe acarretar o julgamento desfavorável ou a perda do próprio direito material pleiteado em juízo.

Isso não significa que os titulares de direitos indisponíveis não possam praticar atos de disposição, tanto no sentido de atos prejudiciais quanto de atos decisórios, mas apenas que não podem praticar os que, direta ou indiretamente, possam prejudicar ou dificultar a tutela desses direitos.

O equilíbrio contratual e a paridade de armas também limitam a liberdade de disposição das partes. Exemplo recente nesse sentido encontra-se na Lei 11.280/2006, que facultou ao juiz reconhecer de ofício a nulidade de cláusula de eleição de foro em contrato de adesão, dando nova redação ao parágrafo único do art. 112 e ao art. 114 do Código de Processo Civil. Como já acentuei em outro estudo, a igualdade das partes deve ser concreta, e não apenas formal, o que exige um juiz vigilante para suprir, em caráter assistencial, as deficiências defensivas do mais fraco em relação ao mais forte. A posição de dependência de uma parte em relação à outra, a inferioridade econômica em decorrência da pobreza ou da proeminência do Estado, são circunstâncias que criam uma desigualdade concreta a exigir permanente intervenção equalizadora do juiz e a limitar o seu poder de disposição[11].

A preservação da observância dos princípios e garantias fundamentais do processo é o que me ocorre denominar de *ordem pública processual*[12]. Já me referi a essa noção quando tratei das nulidades absolutas, no meu livro sobre Execução, como o conjunto de requisitos dos atos processuais, impostos de modo imperativo para assegurar a proteção de interesse público precisamente determinado, o respeito a direitos fundamentais e a observância de princípios do devido processo legal, quando indisponíveis pelas partes.

Entre esses princípios indisponíveis, porque impostos de modo absoluto, apontei então: a independência, a imparcialidade e a competência absoluta do juiz; a capacidade das partes; a liberdade de acesso à tutela jurisdicional em igualdade de condições por todos os cidadãos (igualdade de oportunidades e de meios de defesa); um procedimento previsível, eqüitativo, contraditório e público; a concorrência das condições da ação; a delimitação do objeto litigioso; o respeito ao princípio da iniciativa das partes e ao princípio da congruência; a conservação do conteúdo dos atos processuais; a possibilidade de ampla e oportuna utilização de todos os meios de defesa, inclusive a defesa técnica e a autodefesa; a intervenção do Ministério Público nas causas que versam sobre direitos indisponíveis, as de curador especial ou de curador à lide; o controle da legalidade e causalidade das decisões judiciais através da fundamentação[13]. A esses acrescento agora a celeridade do processo, pois a

[11] V. Leonardo Greco, "Garantias fundamentais do processo: o processo justo", in *Estudos de direito processual*, ed. Faculdade de Direito de Campos, Campos dos Goytacazes, 2005, p. 255/257.

[12] Teresa Arruda Alvim Wambier (*Nulidades do processo e da sentença*, 6ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, p.164) alerta com razão que nem tudo o que o juiz aprecia de ofício encontra fundamento na ordem pública. Entretanto, aqui pretendo fixar que a ordem pública é um limite à livre disposição das partes, sem prejuízo de o juiz poder examinar outras questões, como a conexão, que não são regidas por normas imperativas ou princípios indisponíveis.

[13] Leonardo Greco, *O Processo de Execução*, vol. 2, ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2001, p. 265/266.

litigiosidade é uma situação de crise na eficácia dos direitos dos cidadãos que o juiz tem o dever de remediar com a maior rapidez possível (CPC, art. 125), especialmente após a introdução do novo inciso LXXVIII do artigo 5° da Constituição pela Emenda Constitucional n° 45/2004. Acrescentaria também a garantia de uma cognição adequada pelo juiz, pois, esse é um dos objetivos essenciais de toda a atividade processual.

3. Momento de eficácia. CARNELUTTI esclarece que a eficácia jurídica processual de um ato ou fato ocorre quando ele determina a mudança de uma situação jurídica processual[14]. Até o advento do Código de Processo Civil de 1973, a eficácia dos atos dispositivos das partes ficava sempre condicionada à homologação ou ao deferimento judicial. PONTES DE MIRANDA exalta essa diferença de tratamento, afirmando ter sido profunda a alteração determinada nessa matéria pelo artigo 158 do Código de 1973, em relação ao antigo artigo 16 do Código de 1939. No novo regime, todos os atos processuais, consistentes em declarações de vontade, inclusive as omissões, quando delas resulte criação, modificação ou extinção de alguma situação jurídica, produzem imediatamente esses efeitos. Excetua-se apenas a desistência da ação, que deverá ser objeto de sentença terminativa[15].

A eficácia dos atos de disposição das partes não poderia ficar subordinada a condições ou a termos, na medida em que a seqüência dos atos do processo não deve sofrer quebra de continuidade. Nas palavras de BARBOSA MOREIRA, poderiam ser postos em risco a certeza e a segurança no desenvolvimento do processo[16]. Penso, entretanto, ser impossível generalizar essa regra. É certo que o processo deve seguir um procedimento pré-determinado, que siga as prescrições da lei. Mas nada impede que as partes ajustem a dispensa da prova testemunhal, caso a perícia já deferida esclareça determinado fato. O processo terá seguimento com ou sem a produção da prova testemunhal, conforme o resultado da perícia.

Com freqüência, se ajusta a suspensão do processo de execução, pelo tempo necessário ao pagamento do crédito em prestações periódicas, retomando-se o seu curso se inadimplida alguma das prestações (CPC, art. 792).

A convenção das partes pode, por seu lado, fixar termo para a eficácia de ato de disposição, como a suspensão do processo (CPC, art. 265, inciso II, e § 3°).

4. Revogabilidade. O tratamento da revogabilidade dos atos de disposição das partes, nos sistemas em que a eficácia desses atos depende de homologação judicial, é normalmente associado à superveniência ou não dessa homologação[17]. Para CARNELUTTI,

[14] Ob.cit., p.69.

[15] Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo III, 3ª ed., com atualização legislativa de Sergio Bermudes, Forense, Rio, 1996, p. 61/62.

[16] Ob. cit., p.95.

[17] Barbosa Moreira, ob. cit., p. 90.

todas as declarações de vontade ou de ciência seriam revogáveis, embora não necessariamente quanto a todos os seus efeitos[18]. Todavia, atualmente entre nós, é preciso considerar o alcance do disposto no já citado art. 158 do Código de Processo Civil, segundo o qual, salvo na desistência da ação, os atos das partes, unilaterais ou bilaterais, seja qual for o seu conteúdo, produzem efeito imediato, independentemente de sua homologação ou aprovação pelo juiz. Essa eficácia imediata, não condicionada à homologação judicial, impõe limites mais rígidos à sua revogação. Parece-me que esses limites devem ser encontrados não mais na homologação judicial, mas em pelo menos uma destas três circunstâncias: a) a necessidade de permanente continuidade do processo em direção ao seu fim, que não deve ser condescendente com retrocessos, a não ser por um motivo justificável, alegado de boa fé; b) o direito adquirido, decorrente da prática ou omissão do ato por uma parte em benefício da outra, que gere direito subjetivo em favor da outra; ou c) como conseqüência de uma dessas duas circunstâncias, a preclusão temporal ou consumativa, que impede que o ato praticado ou omitido tenha uma nova oportunidade de ser manifestado.

Nos atos de disposição extrajudicial, a revogabilidade dependerá normalmente da vontade das próprias partes (conjuntamente, em caso de ato convencional) ou de expressa previsão legal. Trazidos para o processo, produzirão efeitos desde logo, podendo do mesmo modo ser revogados para o futuro, desde que não incorram em qualquer das três hipóteses mencionadas no parágrafo anterior, ou se a lei expressamente a admitir, como ocorre na hipótese da revogação da procuração (CPC, art. 44).

5. Regime legal. Como qualquer ato jurídico, o ato processual exige sujeito capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei (Código Civil, art. 104). Mas qual é o sistema normativo que rege a capacidade do sujeito, a licitude do objeto e a forma do ato de disposição processual?

A meu ver, todo ato do processo, ou seja, todo ato que seja praticado na relação processual, como seu elemento integrante, deve observar a capacidade do sujeito, o conteúdo e a forma prescritos pela própria lei processual. O direito processual tem as suas próprias regras. Ainda que esses atos produzam efeitos de direito material, sua subordinação ao regime processual é inerente à sua natureza processual.

Entretanto, cabe considerar que há atos do processo que possuem conteúdo de direito material, como uma transação. Se celebrada através de ato processual, deve observar em todos os seus elementos o direito processual, mas também deverá observar, quanto ao conteúdo ou objeto, o direito material de regência da respectiva relação jurídica.

Todavia, se um ato processual contém um negócio de direito material em que este exige capacidade ou forma diversos dos prescritos pela lei processual, não se pense que o ato processual nesses aspectos deva observar o direito material. Seu conteúdo deverá respeitá-lo,

[18] Francisco Carnelutti, *Sistema de derecho procesal civil*, v. III, ed. Uteha Argentina, Buenos Aires, 1944, p.115.

mas a capacidade dos sujeitos e a forma se desprendem do direito material para submeter-se às regras próprias do direito processual. Assim, por exemplo, antes do novo Código Civil, que reduziu a maioridade dos 21 para os 18 anos, o indivíduo nesse faixa etária somente podia celebrar uma transação assistido pelo seu representante legal. Entretanto, no juizado especial, ele podia fazê-lo sem essa assistência, porque autorizado pela lei processual (Lei 9.099/95, art. 8°, § 2°). Se a alienação de um imóvel, pela lei civil, exigiria escritura pública, podia ela ser ajustada no processo através de simples petição, sem a solenidade da escritura pública.

Mas também existem atos das partes que são praticados fora do processo, embora destinados exclusivamente a nele produzir efeitos. No momento da sua prática eles não integram a relação processual, embora devam vir a ser nela posteriormente documentados e aí produzir efeitos. É o caso da procuração outorgada ao advogado. Apesar de serem atos extraprocessuais, deverão observar a capacidade, o conteúdo e a forma prescritos pelo direito processual. Diferentemente, se forem atos extraprocessuais destinados a produzir efeitos de direito material e de direito processual. Estes últimos, quanto à capacidade e à forma, deverão observar o respectivo direito material, mas quanto ao conteúdo reger-se-ão tanto pelo direito material quanto pelo direito processual, podendo ocorrer que sejam considerados lícitos e eficazes para um e não para outro.

A prevalência do direito material ou do direito processual, quanto à capacidade e à forma, se os atos forem praticados fora ou dentro do processo ou neste exclusivamente destinados a produzir efeitos, e a observância, quanto ao conteúdo, de um e de outro, na medida em que os efeitos dos atos devam produzir-se neste ou noutro plano, são princípios que somente expressa disposição legal em contrário pode derrogar, porque, embora, no Brasil, a União possa legislar sobre o direito processual e também sobre grande parte do direito material, o direito processual tem os seus próprios princípios, como o princípio *pro actione* e o da liberdade das formas, que facilitam o acesso à justiça mesmo de sujeitos ou entes que não têm personalidade jurídica ou capacidade civil e relegam a plano secundário muitas garantias formais supridas pela instrumentalidade do processo e pela sua permanente sujeição à supervisão da mais qualificada e confiável autoridade pública, que é o juiz, que não deve ser entendida como supressora da liberdade das partes, mas fiscalizadora da adequação do seu exercício com os fins institucionais do processo.

6. Análise de alguns atos em espécie. Fixados esses critérios básicos, passarei a examinar algumas espécies de atos de disposição das partes, judiciais e extrajudiciais, especialmente quanto aos limites do poder de disposição, ao momento de sua eficácia, ao seu regime jurídico processual ou extraprocessual e à possibilidade de sua revogação.

6.1. Pactum de non petendo. Uma primeira espécie convencional extrajudicial é o chamado *pactum de non petendo*. Nas suas origens romanas correspondia ao compromisso

pelo qual o credor se obrigava, em certas circunstâncias, como a do compromisso arbitral, a não exigir judicialmente o pagamento do seu crédito[19].

O instituto, que é também citado como correspondente ao perdão da dívida[20], pode ser equiparado à renúncia à tutela jurisdicional, a que fiz alusão no meu estudo sobre as garantias fundamentais do processo, no qual manifestei opinião no sentido da sua plena admissibilidade, desde que as circunstâncias de que se cerque evidenciem que ela foi livre e consciente, não imposta pela necessidade de livrar-se de qualquer espécie de sujeição, nem como condição de acesso a quaisquer bens ou direitos[21].

O direito moderno apresenta outras modalidades de renúncia à jurisdição, como a submissão à justiça interna das *associações de opinião* e a pactuação das chamadas *obrigações de paz* nas relações trabalhistas e em certas comunidades empresariais.

Associações de opinião são entidades que congregam pessoas partidárias de certas correntes políticas, integrantes de determinados grupos étnicos ou religiosos, simpatizantes ou praticantes de determinado esporte ou *hobby* que, em benefício da fidelidade e da coesão de todos os participantes em torno das regras comuns de convivência, renunciam a disputar na justiça estatal eventuais divergências surgidas no seio da respectiva associação. TROCKER, na sua principal obra, mostrou como a sociedade européia respeita essa autonomia das associações privadas, desde que elas sejam capazes de estruturar internamente órgãos de solução de conflitos entre os associados, dotados da necessária independência em relação às suas esferas dirigentes, e desde que no processo interno de apuração e imposição de sanções aos associados sejam assegurados o contraditório, a ampla defesa e a motivação das decisões[22]. No Brasil, temos uma limitada experiência desse tipo, não propriamente de renúncia à jurisdição, mas de postergação da sua invocação, nas associações desportivas, por força do disposto no art. 217 da Constituição Federal.

As *obrigações de paz* são pactuações comuns nas relações trabalhistas entre patrões e empregados e nas relações empresariais, especialmente em alguns países desenvolvidos, nas quais os interessados se comprometem a não ingressar em juízo e não deflagrar ações de hostilidade em relação ao adversário, sem antes submeter o litígio a um foro de negociação geralmente composto por representantes qualificados das duas classes, no caso das relações trabalhistas, ou à assembléia da associação empresarial a que os dois litigantes sejam filiados, no caso de relações empresariais, em busca de uma solução que atenda aos interesses de ambos e da própria comunidade[23]. Tímida obrigação de paz é a obrigação de submeter o conflito coletivo de trabalho à negociação coletiva, como condição necessária para o ajuizamento do dissídio coletivo, conforme previsão dos §§ 1° e 2° do art. 114 da Constituição, o último com a redação da Emenda Constitucional n° 45/2004.

---

[19] Vittorio Scialoja, *Procedimiento civil romano*, ed. EJEA, Buenos Aires, 1954, p.434.

[20] Humberto Cuenca, *Proceso civil romano*, ed. EJEA, Buenos Aires, 1957, ns.287, 290, 292 e 300.

[21] Leonardo Greco, "Garantias ...", p.248.

[22] Nicolò Trocker, *Processo civile e Costituzione*, ed. Giuffrè, Milano, 1974, p.248.

[23] V. Gabriel Aubert, *L'obligation de paix du travail – étude de droit suisse et comparé*, ed. Georg – Librairie de l'Université, Genève, 1981, passim.

Essas convenções me parecem plenamente válidas, desde que revestidas das exigências mínimas de renúncia à jurisdição acima expostas, a saber, pactuadas de forma absolutamente livre e consciente, e não como meios de obter algum benefício imediato ou de livrar-se de algum mal iminente.

Na verdade, as obrigações de paz não são propriamente pactos de renúncia à tutela jurisdicional, mas de postergação do ingresso em juízo enquanto se desenrolam as negociações dentro dos órgãos representativos da comunidade. Essa postergação deve ter um limite temporal razoável e não pode impedir o imediato ingresso em juízo sempre que qualquer das partes necessitar de alguma modalidade de tutela de urgência. Também nos procedimentos sancionadores internos das associações de opinião deve existir esse limite temporal e a ressalva da possibilidade imediata de tutela judicial de urgência.

Em um como em outro caso (associações de opinião ou obrigações de paz) não estamos diante de uma convenção de arbitragem, mas de ausência temporária da possibilidade de ingresso em juízo.

Torna-se relevante no estudo do tema definir se essas pactuações têm conteúdo de direito material ou processual[24], isto é, se o conteúdo do direito material somente se perfaz, tornando-se exigível em juízo, após o cumprimento da consulta prévia ou da condição temporal, nas obrigações de paz, ou desta e do procedimento sancionador associativo, nas associações de opinião; ou se se trata apenas de falta de condição da ação, o interesse de agir, e, portanto, do direito à jurisdição que está sujeito à implementação dessas circunstâncias. BARBOSA MOREIRA assinala[25] que a doutrina tem admitido convenções processuais condicionais, embora possam elas perturbar a marcha do processo. Parece-me que se essas convenções antecedem ao processo não ocorre esse risco. Em minha opinião, não é o direito material que deixou de preencher um dos seus requisitos ou está com a sua eficácia subordinada a uma condição. O direito material pode ser plenamente eficaz antes mesmo do preenchimento das circunstâncias apontadas, mas apenas a sua postulação judicial foi diferida. Nesses casos, o não implemento desses requisitos suprime o interesse de agir, ressalvada a necessidade de tutela de urgência.

Diferente será a solução, naquelas hipóteses em que o direito é declarado desde logo inexigível judicialmente. Aqui, mais do que a simples ausência de condição da ação, parece-me configurado verdadeiro pacto *de non petendo*, correspondente à declaração da inexistência do direito material ou ao perdão da dívida. Foi o que aconteceu com o acordo relativo aos expurgos das contas do FGTS, objeto da Lei Complementar n° 110/2001, em que o trabalhador, que aderiu ao acordo, além de concordar com os termos, percentuais e prazos ajustados com a Caixa Econômica Federal, assinou declaração "de que não está nem ingressará em juízo discutindo os complementos de atualização monetária" expurgados.

[24] V. analogamente Trocker, ob. cit., p.270, sobre postergações semelhantes determinadas pela própria lei.
[25] Ob. cit., p.95.

Verdadeira renúncia ao direito material e não apenas ao direito de ingressar em juízo, que não satisfaz aos requisitos acima, quais sejam, a livre e consciente pactuação, posto que induzida como meio de obter benefício imediato, além do desrespeito ao equilíbrio contratual e à paridade de armas, diante da evidência da manifesta posição de vantagem da Caixa Econômica Federal na celebração do acordo e em qualquer eventual disputa do direito material em juízo. Se, apesar da renúncia, o direito for pleiteado em juízo e o julgador considerar válida a pactuação, julgará improcedente o pedido. Se, ao contrário, reputar nula a renúncia, julgará provavelmente procedente o pedido, salvo se subsistir algum outro fundamento para rejeitá-lo.

Quanto ao momento da eficácia, cumpre analisar as diversas hipóteses mencionadas. Nas associações de opinião, a eficácia da postergação ocorrerá no momento em que, configurado o litígio, mas ainda não concluído o procedimento sancionador interno e não atingido o seu limite temporal, carece o prejudicado de interesse de agir judicialmente, exceto para a propositura de medidas de urgência. Nas obrigações de paz, a eficácia dar-se-á também no momento em que, configurado o litígio, mas ainda não concluídas as negociações entre as entidades de classe ou dentro do órgão de representação da comunidade e não atingido o seu limite temporal, igualmente subsistirá a falta de interesse de agir. Já na renúncia ao direito ou na quitação extrajudicial de dívida, o pacto é eficaz desde a sua celebração, salvo disposição legal ou contratual em contrário.

A revogabilidade dependerá da vontade conjunta das partes (Código Civil, art.472) ou da previsão legal. No momento em que ocorrer essa revogação, configurar-se-á desde logo o interesse de agir para o exercício da ação judicial ou para a sua continuidade, se já proposta, nas hipóteses de associações de opinião e de obrigações de paz, enquanto na revogação da renúncia ao direito ou da quitação, restabelece-se o direito material com toda a sua eficácia. Se nesse momento estiver pendente ação judicial, a revogação constituirá direito superveniente, nos termos do art. 303, inciso I, do Código de Processo Civil.

E o regime legal é o preconizado no item 5 acima, salvo disposição legal expressa em contrário. Ou seja, a capacidade e a forma reger-se-ão pelo direito material, enquanto o conteúdo obedecerá às regras do direito material e, quanto aos seus efeitos processuais (carência de ação, julgamento de mérito etc.), pelo direito processual.

6.2. Pactum de foro prorogando. O artigo 111 do Código de Processo Civil prevê o acordo de eleição de foro, desde que conste de contrato escrito e se refira expressamente a determinado negócio (§ 1°).

Na esteira de jurisprudência constante posterior ao Código de Defesa do Consumidor, a Lei 11.280/2006 facultou ao juiz declarar de ofício a nulidade da cláusula de eleição de foro em contrato de adesão (art. 112, parágrafo único, do CPC), determinando a prorrogação da competência do juiz perante o qual a causa tenha sido proposta, caso não tenha ele declinado

da sua competência na forma do dispositivo anteriormente mencionado ou se não oferecida pelo réu exceção de incompetência (art. 114).

Essas novas regras não são de fácil integração com as anteriormente vigentes em matéria de incompetência relativa, porque, em verdade, criaram hipótese de declaração de ofício de uma nulidade relativa, que se convalida se não for argüida, nem declarada.

Ocorre que a lei não estabelece em que momento o juiz pode declarar a nulidade da cláusula de eleição de foro, nem em que momento se considerará prorrogada a sua competência por não ter sido a incompetência argüida ou declarada.

Parece-me que a nulidade ou a excessiva onerosidade da cláusula de eleição de foro constituem matéria que pode exigir dilação probatória, ainda que sumária. Assim, se a parte não argüiu a nulidade do foro de eleição através de exceção de incompetência e o juiz não declinou dessa competência até o despacho saneador, pois é até esse momento que ele deve examinar as questões processuais pendentes (art. 331, § 2°), ficará prorrogada a competência do juízo perante o qual foi a ação inicialmente proposta[26].

Assim, ao foro de eleição se aplicam os limites indicados no item 2 acima, sendo as regras da recente Lei 11.280/2006 uma exemplificação do segundo limite, relativo à exigência de respeito ao equilíbrio contratual e à paridade de armas. As regras de competência da parte final do artigo 95 do CPC e da Lei de Falências (Lei 11.101/2005, arts. 3° e 76) são limitações à admissibilidade do foro de eleição em razão da ordem pública processual.

O momento de eficácia do pacto será o da propositura de qualquer ação decorrente do contrato celebrado entre as partes, que fixará e perpetuará a competência, nos termos do artigo 87 do Código de Processo Civil. A sua revogabilidade dependerá de novo acordo de vontade entre os contratantes que venham a ser partes no litígio ajuizado, não podendo depender da concorrência da vontade de outros contratantes que, eventualmente, não participem do litígio ajuizado, mas terá como limite temporal o ajuizamento da demanda porque, desde esse momento, a *perpetuatio jurisdictionis* não mais a permitirá. A única hipótese de eficácia temporal incidente ao processo já ajuizado é bem lembrada por PONTES DE MIRANDA, a que denomina de acordo *sucessivo* se, proposta a ação em determinado foro e oferecida pelo réu exceção de incompetência, vêm as partes, antes do julgamento desta, a pactuar manutenção da causa no juízo perante o qual foi proposta, desistindo o réu da referida exceção e, assim, prorrogando-se a competência do juízo original[27].

---

[26] Para Teresa Arruda Alvim Wambier, Luiz Rodrigues Wambier e José Miguel Garcia Medina, se o réu contestou a ação sem argüir a incompetência, não existirá motivo para a apreciação de ofício da nulidade da cláusula de eleição de foro, porque esta não terá prejudicado o exercício da defesa. Assim, a aplicação do novo parágrafo único do art. 112 deverá ser excepcional, reservada apenas para os casos de flagrante e evidente nulidade (in Teresa de Arruda Alvim Wambier, ob. cit., p.221).

[27] Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo II, 3ª ed., com atualização legislativa de Sergio Bermudes, Forense, Rio, 1995, p.322.

E, quanto ao regime legal, este é um caso de ato de disposição praticado fora do processo, mas destinado a produzir efeitos exclusivamente no processo judicial. Apesar de inserido em um contrato de direito material, a cláusula de foro de eleição será regida, tanto em relação à capacidade das partes, quanto ao conteúdo e a forma pela lei processual[28]. No artigo 111 do CPC encontram-se as regras especiais sobre o conteúdo e a forma que deverão ser observadas[29]. A validade da cláusula, de acordo com o seu regime processual, é absolutamente independente da validade do contrato como um todo, à luz do direito material que o rege.

6.3. Convenção de arbitragem. De acordo com o art. 1° da Lei 9.307/96, a convenção de arbitragem é o contrato ou a cláusula de um contrato através dos quais pessoas capazes instituem ou se comprometem a instituir um juízo arbitral extrajudicial para resolver litígio relativo a direitos patrimoniais disponíveis.

A cláusula compromissória de um contrato deve observar as disposições dos arts. 4° a 8° da referida Lei, enquanto o compromisso arbitral, que é um contrato típico, reger-se-á pelos arts. 9° a 12 do mesmo diploma e pelos arts. 851 a 853 do Código Civil. O compromisso não é necessariamente uma convenção extrajudicial, porque também pode adotar a forma judicial, ou seja, ser objeto de um ato interno de um processo judicial em andamento (Lei 9.307/96, art. 9°, § 1°)[30].

Nem sempre a cláusula e o compromisso produzirão efeitos em um processo judicial, mas isso poderá ocorrer em diversas situações, como a instituição compulsória da arbitragem (Lei 9.307/96, art. 7°.), a ação de nulidade da sentença arbitral (art. 33) e a impugnação à execução da sentença arbitral (CPC, arts. 475-J a 475-N, introduzidos pela Lei 11.232/2005).

Nesses casos, poderá o juiz ser chamado a examinar os limites da autonomia da vontade das partes, à luz das regras de direito material acima referidas, podendo recusar a validade da arbitragem em razão da indisponibilidade do direito material (Lei 9.307/96, art. 1°), da violação do equilíbrio contratual e da paridade armas pela pactuação em contrato de adesão sem as cautelas legais (art. 4°, § 2°) ou da ofensa aos princípios e garantias fundamentais da arbitragem e do processo arbitral (art. 32). Peculiaridade desse controle é que, diferentemente do que ocorre na maior parte dos atos de disposição processual das partes, esses limites somente podem ser examinados pela autoridade judiciária através de ações próprias, como a de instituição compulsória da arbitragem, a ação de nulidade do artigo

[28] Na Alemanha há controvérsia sobre a natureza processual ou material dos acordos sobre competência, que são largamente utilizados e previstos nos §§ 38 a 40 da ZPO. V. Stefan Leible, *Proceso civil alemán*, ed. Konrad Adenauer Stiftung, Medellín, Colômbia, 1999, p.124; Peter L. Murray e Rolf Stürner, *German Civil Justice*, Carolina Academic Press, Durham, North Carolina, 2004, p. 144.

[29] Pontes de Miranda (*Comentários*...tomo II, p.321) admite a validade de cláusula de eleição de foro em negócios jurídicos unilaterais, como as promessas de recompensa, bem como a sua vinculação não a determinado negócio jurídico, mas a um ato-fato ilícito, como o mau uso da propriedade, ou a um ato-fato jurídico, como uma descoberta científica.

[30] Uma modalidade de juízo arbitral instituído por convenção judicial está prevista nos arts. 24 a 26 da Lei dos Juizados Especiais (Lei 9.099/95).

33 da Lei de Arbitragem ou a impugnação incidental à execução, ou ainda se argüida a existência de convenção ou sentença arbitral como matéria de defesa pela parte interessada (CPC, art. 301, inciso IX e § 4°), não me parecendo possível a sua apreciação ex-officio pelo juiz[31].

A convenção arbitral produzirá efeitos desde o momento em que uma das partes no contrato decida manifestar à outra a intenção de instituir a arbitragem (Lei 9.307/96, arts. 5° a 7°) ou desde que alegada a sua existência como matéria de defesa em processo judicial (CPC, últimos dispositivos citados).

Quanto à revogabilidade, enquanto objeto de um contrato privado, a convenção arbitral pode ser a qualquer tempo revogada pela mesma forma do contrato, com a anuência das mesmas partes. Os limites a essa revogabilidade encontram-se nos arts. 28 e 29 da Lei 9.307/96. Antes da sentença arbitral, podem as partes livremente pôr fim ao litígio e à própria arbitragem. Proferida a sentença arbitral, estará exaurida a convenção e não será mais possível a sua revogação. A revogação tácita da convenção arbitral também ocorrerá no curso de processo judicial proposto sobre o mesmo litígio objeto da convenção ou do processo arbitral, se o réu não argüir a sua existência como preliminar da contestação (CPC, art. 301, inciso IX e § 4°). Não me parece possível essa revogação tácita depois de proferida a sentença arbitral.

Argüida a convenção arbitral como preliminar da contestação, mas ainda não extinto o processo sem resolução do mérito (CPC, art. 267, inciso VII), sendo essa questão livremente disponível pelo réu, pode este vir a dela desistir, consumando-se a sua revogação expressa, daí não resultando qualquer prejuízo para o autor, mas sempre antes da sentença arbitral.

O compromisso e a cláusula compromissória deverão obedecer ao regime contratual que lhes é próprio, quanto à capacidade das partes, ao conteúdo e à forma. Apenas a produção de seus efeitos e dos efeitos da sentença arbitral em processo judicial é que observará a lei processual. Se o compromisso tiver sido ajustado em processo judicial, entretanto, apesar do seu conteúdo contratual, deverá, como ato processual, revestir-se dos requisitos de validade impostos pela lei processual, quanto à capacidade dos sujeitos, à licitude do objeto e à forma, sem prejuízo de igualmente observar o regime jurídico do direito privado quanto ao conteúdo e ao objeto.

6.4. Autorização de juízos de equidade e de escolha da lei aplicável. Invocando o art. 127 do Código de Processo Civil, segundo o qual a decisão por eqüidade depende de expressa previsão legal, BARBOSA MOREIRA condena convenções processuais que autorizem o juiz a decidir por eqüidade[32].

[31] Teresa Arruda Alvim Wambier (ob.cit., p. 80/81), explorando a divergência de redação entre o inciso IX (convenção de arbitragem) e o § 4°(compromisso arbitral), sustenta que, não tendo sido a cláusula compromissória mencionada no último dispositivo, deve ser reconhecida de ofício.

[32] Ob. cit., p.94.

Parece-me que essa objeção do mestre não pode mais subsistir, a partir do advento da Lei de Arbitragem (Lei 9.307/96), que em seu artigo 2° autorizou o convencionamento da arbitragem de eqüidade. Se o juiz cumpre a sentença arbitral adotada em juízo de eqüidade, deve ter a possibilidade de receber das partes, ele próprio, a confiança para a formulação de juízos alheios a critérios de estrita legalidade. No Código italiano há previsão expressa dessa possibilidade no artigo 114, que permite o julgamento por eqüidade do mérito da causa que verse sobre direitos disponíveis, a pedido conjunto de ambas as partes.

Aliás, não é apenas o julgamento de eqüidade que pode ser livremente convencionado, desde que no âmbito dos direitos patrimoniais disponíveis. Também a escolha da lei de direito material aplicável a essas relações jurídicas, consoante previsão da mesma Lei de Arbitragem que se refere expressamente aos princípios gerais de direito, aos usos e costumes e às regras internacionais de comércio[33].

Também tratados internacionais em vigor no Brasil se referem à possibilidade de submissão voluntária à lei de um determinado país, em matéria de obrigações, como ocorre com a Convenção de Nova Iorque de 10 de junho de 1958 (art. 5°). HAROLDO VALLADÃO, no seu anteprojeto de lei geral de aplicação de normas jurídicas, apontava apenas dois limites a essa estipulação: o abuso de direito e a ordem pública (art. 50) [34]. Também se aplicam a essas convenções, se por essas hipóteses não abrangidos, os limites indicados no item 2, acima.

A eficácia da autorização para decisão por eqüidade, que fica restrita às questões de mérito, se produzirá a partir da instauração do processo judicial que verse sobre a correspondente relação jurídica. Já a da escolha da lei aplicável, como fonte de direito contratual, dar-se-á desde o momento de início da vigência do próprio contrato e, portanto, ainda antes de sua argüição em qualquer processo judicial. A revogação de uma e de outra poderá ocorrer convencionalmente a qualquer tempo, respeitadas até essa data e enquanto não modificadas por decisões judiciais posteriores, as adotadas até a revogação.

Salvo se celebradas através de ato praticado em processo em curso, como uma transação judicial, essas convenções estarão sujeitas, em todos os aspectos, ao direito material de regência do seu próprio conteúdo.

6.5. Proposições, convenções e omissões fáticas. Em que circunstâncias podem ser os fatos objeto de atos de disposição das partes é matéria complexa, que comportaria um estudo a parte. Cabe distinguir os fatos jurígenos dos fatos simples ou complementares. E entre os primeiros, cabe distinguir os constitutivos do direito alegado pelo autor dos fatos extintivos, modificativos ou impeditivos desse direito, que sustentam o direito alegado pelo réu.

---

[33] É a chamada *lex mercatoria* (Carlos Alberto Carmona, *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96*, ed. Malheiros, São Paulo, 1998, p. 69/70).

[34] Jacob Dolinger e Carmen Tiburcio, *Vade-mécum de Direito Internacional Privado*, ed. Renovar, Rio de Janeiro, 1994, p.54.

Os fatos constitutivos do direito do autor integram o objeto litigioso, compondo a causa de pedir. Podem gerar direitos absolutos, como os direitos da personalidade e os direitos reais de gozo, também chamados de *direitos autodeterminados*; ou servir de fundamento a direitos relativos, como os direitos de crédito e os direitos reais de garantia, também denominados de *direitos heterodeterminados*[35]. Os direitos autodeterminados podem ser gerados pelos fatos inicialmente propostos ou por quaisquer outros, desde que possuam as mesmas características jurídicas.

Os fatos fundantes de direitos relativos, cabe ao autor alegá-los na petição inicial e o juiz não tem qualquer ingerência nessa escolha. Desde o ajuizamento produzem efeitos no processo (CPC, arts. 87 e 219, § 1°). Até a citação, pode o autor unilateralmente alterar as proposições fáticas iniciais, seja para retirar, seja para incluir algum fato. Depois da citação e até o saneamento do processo, eventuais alterações dependerão da concordância do réu. E depois do saneador está proibida qualquer alteração (CPC, art. 264).

Já nos direitos absolutos, embora tenha o autor o ônus de enunciar os fatos geradores do seu direito na petição inicial, se ele não circunscrever expressamente a sua postulação apenas a esses fatos, poderá o juiz a qualquer tempo tomar conhecimento de ofício de quaisquer outros fatos com as mesmas características e, com base neles, julgar o pedido (CPC, art. 462), como poderá o próprio autor, depois da citação e do saneador alegá-los. Os fatos produzirão efeitos no processo desde a sua alegação ou revelação. Até a citação poderá o autor unilateralmente retirá-los do objeto litigioso; após a citação, mas antes do saneador, somente o poderá com a concordância do réu; após o saneador estará vedada qualquer restrição.

Já os fatos alegados pelo réu como fundamento do seu direito material, que se opõe ao do autor, integrando a chamada *causa excipiendi*, igualmente produzem efeitos no processo desde o ajuizamento da contestação (CPC, art. 326). Em geral, o juiz não pode conhecê-los de ofício, excetuados os geradores de direito indisponível do réu ou de fundamentos de defesa de ordem pública (CPC, art. 303, inciso II), como hoje a prescrição (CPC, art. 219, § 5°, com a redação da Lei 11.280/2006). A revogação unilateral da alegação destes últimos por parte do réu não me parece possível. Já a dos demais, inexistindo os fundamentos da indisponibilidade e da ordem pública, pode ocorrer até a sentença de mérito, inclusive em grau de recurso.

Nos limites aqui expostos, poderão as partes dispor a respeito da revelação de fatos jurígenos, unilateralmente, através de convenções ou até mesmo da omissão na sua alegação tempestiva.

E quanto aos fatos simples, que são os fatos secundários que servem para provar a existência dos fatos jurígenos, podem sempre ser conhecidos de ofício pelo juiz por

[35] V. Leonardo Greco, *A teoria da ação no processo civil*, ed. Dialética, São Paulo, 2003, p.64.

ocasião do julgamento dos fatos, que ocorre em geral na sentença (CPC, art. 131). Produzem efeitos no processo desde o momento em que revelados no processo através de algum ato das partes ou de qualquer outro sujeito processual, não estando ao alcance de qualquer das partes dispor a respeito da sua revelação ou da sua apreciação pelo juiz.

O regime legal dos atos de disposição a respeito dos fatos será sempre o processual, ainda que objeto de convenção extraprocessual.

6.6. Disposições probatórias . As convenções sobre a distribuição do ônus da prova estão expressamente admitidas pelo parágrafo único do art. 333 do Código de Processo Civil, salvo se recaírem sobre direito indisponível ou se a convenção tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito. Respeitados esses limites, que favorecem a imputação desse ônus ao litigante que tiver mais facilidade de produção da prova do fato, as partes podem ajustar qual delas será prejudicada no julgamento, caso determinado fato relevante não fique comprovado[36]. Se extraprocessuais, tais convenções produzirão efeitos no processo a partir da sua argüição por uma das partes através de algum ato processual. Se reveladas ou praticadas depois do saneador, poderão obrigar o juiz a rever a sua deliberação a respeito das provas a serem produzidas.

Sua revogação somente pode ocorrer consensualmente, até a prolação da sentença, porque é nesse momento culminante que o juiz aplicará as conseqüências definitivas das regras de distribuição do ônus da prova. A meu ver ocorrerá a revogação tácita se nenhuma das partes a invocar no momento da proposição das provas que se dá, normalmente, na petição inicial e na contestação (arts.282, inciso VI, e 300).

O regime dessas convenções será sempre o da lei processual.

Mas além dos limites bem definidos no parágrafo único do art. 333, que, segundo MOACYR AMARAL SANTOS[37], se modelou no artigo 2.698 do Código Civil italiano, é preciso reconhecer a reduzida importância que atualmente possuem as regras relativas ao ônus probatório, que, de nenhum modo podem prejudicar o livre convencimento do juiz, servindo principalmente para auxiliá-lo em caso de dúvida.

Outras convenções probatórias também são admissíveis, desde que disponível o direito material que por elas possa ser atingido e que não seja tolhido o livre convencimento de juiz, nem limitado o seu poder de determinar de ofício a produção das provas que julgar necessárias à devida e veraz elucidação dos fatos. LOPES DA COSTA, apontado como um adversário das convenções de distribuição do ônus da prova, lecionava, entretanto: "O que elas podem é dispensar de prova certos fatos, confessando-os fictamente, como não os

[36] V. o meu estudo "A prova no Processo Civil: do Código de 1.973 ao novo Código Civil", in *Estudos de direito processual*, ed. Faculdade de Direito de Campos, Campos dos Goytacazes, 2005, p.357/392.

[37] Moacyr Amaral Santos, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. IV, 2ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1977, p.40.

contestando (art. 209) ou expressamente. Também se lhes permite combinarem, para determinados atos, certa prova"[38].

Nada impede que essas espécies de convenções sejam celebradas no curso do processo já em andamento.

Exemplos outros, ainda poderiam figurar-se de convenções probatórias. BARBOSA MOREIRA[39] admite a convenção em que ambas as partes dispensem a indicação de assistentes técnicos. Como essa indicação é uma faculdade de cada uma das partes, nada impede que, de comum acordo, ambas resolvam não exercê-la. A convenção produzirá efeito a partir da prática do ato processual em que for comunicada no processo e somente poderá ser revogada consensualmente até a decisão do juiz que determinar a produção da prova pericial. Posteriormente, parece-me que não deveria ser admitida essa revogação, por violar a preclusão.

Inócuas, por outro lado, e até mesmo nulas, seriam outras espécies de convenções probatórias, como, por exemplo, a designação de comum acordo do perito único ou a limitação da investigação probatória à produção apenas de provas orais. No sistema brasileiro, não podem as partes limitar os poderes do juiz na investigação da verdade. Ainda que deva exercê-los normalmente em caráter subsidiário, não pode deles abrir mão. Este pode aceitar a indicação do perito feita de comum acordo pelas partes, mas a deliberação final será de sua responsabilidade, não daquelas. Pode ele igualmente convencer-se não ser necessária ou útil qualquer outra prova, exceto as de natureza oral, acolhendo a sugestão das partes.

Em outros sistemas, encontram-se regras consagradoras de algum tipo de limitação à iniciativa probatória do juiz. Assim, no direito alemão, cabe às partes a indicação das testemunhas, não podendo o juiz de ofício determinar a inquirição de qualquer pessoa[40]. São sistemas em que mais acentuada é a autonomia das partes, com a conseqüente redução dos poderes do juiz.

Entre os atos de disposição probatória encontra-se a confissão, que pode ser extrajudicial ou judicial, subdividindo-se esta em espontânea ou provocada. Seu limite é a disponibilidade do direito material. O momento em que se inicia a produção dos seus efeitos é o da prática do ato de confissão judicial ou da revelação no processo do ato de confissão extrajudicial. A sua revogação depende de ação própria (CPC, art. 352), motivada em erro, dolo ou coação. Como fato processual que será livremente apreciado pelo juiz, a confissão não comporta retratação[41]. O seu regime legal é o processual (CPC, arts. 342/354)[42].

---

[38] Moacyr Amaral Santos, ob. e loc. cits.

[39] Ob. cit., p. 92.

[40] V. Stefan Leible, *Proceso civil alemán*, ed. Konrad Adenauer Stiftung/Diké, Medellín, 1999, p.137; Peter L. Murray e Rolf Stürner, *German Civil Justice*, ed. Carolina Academic Press, Durham, 2004, p.264.

[41] Giovanni Verde, *Profili del processo civile*, vol.2, Jovene ed., Napoli, 2ª ed., 2002, p.118.

[42] Em alentado estudo no Direito português (*A confissão no direito probatório,* ed. Coimbra, 1991, p.269/329), José Lebre de Freitas sustenta a eficácia substantiva da confissão.

6.7. Disposições sobre o procedimento. Mais difícil é a definição dos limites à disposição a respeito do procedimento, sabendo-se que, entre nós, este é regulado estritamente pela lei. Às vezes é a própria lei que abre margem à disciplina procedimental convencionalmente ajustada pelas partes, como na suspensão do processo, na modificação de prazos legais dilatórios ou no adiamento da audiência (CPC, art. 265-II, art. 181 e art. 453-I). Mas no silêncio da lei, o procedimento legal deve ser respeitado, pois ele é a garantia do tratamento isonômico de todos os cidadãos e na sua ritualidade se encontram as escolhas do legislador que procuram compor *in abstracto* de modo equilibrado as variadas situações subjetivas que nele se defrontam. A par dessa desejável homogeneidade genérica, é igualmente indispensável uma certa flexibilidade, para assegurar *in concreto* a paridade de armas e a ampla defesa[43], assim como para fazer valer a natureza instrumental dos atos processuais, hoje não mais refém de inúteis formalismos.

Assim, a prática de atos processuais pelas partes, sem a rigorosa observância dos requisitos estabelecidos pela lei, é fato do cotidiano forense, que não prejudica a validade da maioria dos atos assim praticados, na medida em que a sua finalidade foi atingida ou em que os requisitos inobservados não eram essenciais. Embora a teoria dos defeitos dos atos processuais ainda não esteja definitivamente construída, sofrendo excessiva influência do direito material, já tive oportunidade em outras ocasiões de ensaiar uma certa sistematização, ditada particularmente pelo progressivo declínio das chamadas nulidades absolutas e pela necessidade de restringir o culto à forma apenas ao descumprimento de regras impostas pela proteção da eficácia de normas imperativas protetivas de direitos indisponíveis, como já referido acima[44].

Excluídos os casos de nulidades absolutas, se o ato praticado por uma das partes deixou de observar algum requisito essencial imposto pela lei e a outra parte não alegou a sua nulidade na primeira oportunidade que teve para falar nos autos, nem demonstrou ter sofrido algum prejuízo, a nulidade do ato estará sanada e o ato produzirá validamente, desde o momento em que foi praticado, todos os seus efeitos, sem que o juiz possa ter nesse resultado qualquer ingerência. Se o vício do ato é uma mera irregularidade, ou seja, o descumprimento de um requisito meramente útil do ato, o juiz pode exigir que a parte o regularize, se for possível. Mas se o juiz não atentar para tão leve defeito até o final do processo, a prestação jurisdicional será plenamente válida e o vício estará totalmente sanado. Enfim, o juiz deve velar pelo núcleo duro de princípios e garantias que formam a *ordem pública processual*, aceitando que as partes disponham com liberdade sobre a marcha do processo, desde que respeitado esse mínimo irredutível[45].

---

[43] V. Leonardo Greco, "Garantias fundamentais do processo: o processo justo", in *Estudos de direito processual*, ed. Faculdade de Direito de Campos, Campos dos Goytacazes, 2005, p. 225/286.

[44] V. os dois últimos parágrafos do item 2 acima. V. também: Leonardo Greco, *O Processo de Execução*, vol.2, p. 256/290. e ainda "O valor da causa e as custas iniciais no mandado de segurança", in *Estudos de direito processual*, ed. Faculdade de Direito de Campos, Campos dos Goytacazes, 2005, p. 175/196.

[45] Em perspectiva diversa, qual seja a de reforço dos poderes do juiz, José Roberto dos Santos Bedaque igualmente sustenta a flexibilidade da técnica no controle da validade dos atos processuais (*Efetividade do processo e técnica processual*, ed. Malheiros, São Paulo, 2006, p.107/111).

Convenções sobre o procedimento, dentro desses limites, devem ser acolhidas e respeitadas pelo juiz. Entretanto, o legislador brasileiro nem sempre é fiel a esses critérios, atendo-se muitas vezes a uma rigidez procedimental incompatível com o respeito às garantias fundamentais do processo e totalmente distanciada do respeito devido à ordem pública processual. Cito como exemplo, o disposto no art. 182 do Código de Processo Civil, que proíbe às partes, mesmo de comum acordo, reduzir ou prorrogar os prazos peremptórios. Ora, a redução do prazo recursal de sentenças de partilha em inventários é prática usual, vedada por esse dispositivo. E por que não poderiam as partes prorrogar esse ou qualquer outro prazo processual, desde que o fizessem moderadamente, sem que isso implicasse em excessivo retardamento do desfecho do processo e, portanto, em comprometimento da celeridade?

Não ultrapassados esses limites e não comprometida a adequada cognição da causa pelo juiz, parece-me perfeitamente aceitável a regulação convencional do procedimento. Assim, por exemplo, se, mesmo não sendo evidente a complexidade da causa, ambas as partes decidirem optar por memoriais escritos em lugar das alegações finais orais, o juiz deve deferi-los (CPC, art. 454, § 3°).

Quanto ao uso de idioma estrangeiro[46], não deve ser admitida a sua adoção convencional, porque prejudicaria a cognição adequada do juiz ou, pelo menos, a presunção de que o juiz somente é conhecedor do idioma nacional, não havendo qualquer segurança de que conheça tão bem idioma estrangeiro a ponto de nele poder exercer a função jurisdicional. A crescente circulação de documentos em certos idiomas estrangeiros, como o espanhol e o inglês, a nacionalização de expressões e frases e o uso da *internet* desde a infância poderão suprimir no futuro a necessidade dessa proibição.

De acordo com o art. 158 do CPC, os atos de disposição sobre o procedimento produzirão efeitos desde o momento em que forem praticados ou revelados no processo, salvo se a lei expressamente dispuser de modo diverso, como ocorre com a desistência da ação, que somente se consumará com a homologação judicial (CPC, art. 158, parágrafo único).

Os limites à sua revogabilidade deverão ser analisados caso a caso, à luz das diretrizes expostas no item 4 acima, cabendo observar, quanto à desistência da ação que, enquanto não homologada, podem ela e a concordância do réu ser revogadas unilateralmente, pois sua eficácia depende dessa homologação, não havendo qualquer situação jurídica definitivamente consolidada antes dela.

Como atos de conteúdo exclusivamente processual, seu regime é, em todos os aspectos, o da lei processual.

7. Considerações finais. A partir do marco teórico aqui delineado, espero, em estudos subseqüentes, dar seqüência à investigação ora iniciada, analisando todas as situações

[46] V. Barbosa Moreira, ob.cit., p. 91.

jurídicas em que possam ocorrer os atos de disposição das partes, observando-os sob os quatro aspectos inicialmente propostos - limites, momento de eficácia, revogabilidade e regime legal – e, eventualmente mais algum outro que contribua para a sua compreensão e sistematização.

Estarão sob o foco desses estudos as seguintes situações, previstas no Código de Processo Civil: a) a possibilidade de substituição do réu na nomeação à autoria (arts. 65 e 66); b) a substituição do alienante ou cedente pelo adquirente ou cessionário (art. 42, § 1°); c) o reconhecimento do pedido (art. 269, inciso II); d) a transação judicial (arts. 269, inciso III; 475-N, incisos III e V, e 794, inciso II) a suspensão do processo por convenção das partes (arts. 265, inciso II, e 792); f) o adiamento da audiência por convenção das partes (art. 453, inciso I); g) o requerimento conjunto de preferência no julgamento perante os tribunais (art. 565, parágrafo único); h) as convenções sobre prazos (art. 181); i) as convenções sobre alegações finais orais de litisconsortes (art. 454, § 1°); j) a desistência da ação (arts. 267, § 4°, e 158, parágrafo único); l) a conciliação em audiência (arts. 447/449); m) a desistência da execução (art. 569), n) a liquidação por arbitramento por convenção das partes (art. 475-C, inciso I); o) a administração de estabelecimento penhorado (art. 677, § 2°); p) a escolha do juízo da execução (art. 475-P, parágrafo único); q) a escolha da prestação nas obrigações alternativas (art. 571); r) a escolha do foro pela Fazenda na execução fiscal (art. 578, parágrafo único); s) a escolha do meio executório pelo exeqüente (art. 568); t) a escolha do bem na entrega de coisa incerta (art. 629); u) a opção do exeqüente pelas perdas e danos na execução de obrigações de fazer (art. 633); v) a execução da obra pelo próprio exeqüente nas prestações de fazer (art. 637); x) o depósito em mãos do executado com a anuência do exeqüente (art. 666, § 1°); z) a desistência da penhora pelo exeqüente (art. 667, inciso III); aa) a sub-rogação ou alienação judicial do crédito penhorado (art. 673); bb) o acordo sobre a forma de administração na penhora de estabelecimento (art. 677, § 2°); cc) a dispensa da avaliação se o exeqüente aceitar a estimativa do executado (art. 684-I); dd) a opção do exeqüente pela adjudicação ou pela alienação particular (art. 686); ee) a substituição da arrematação pela alienação via *internet* a requerimento do exeqüente (art. 689-A); ff) a nomeação do administrador no usufruto (art. 719); gg) a escolha do rito da execução de alimentos (arts. 732/735); hh) a opção do executado pelo pagamento em prestações (art. 745-A); ii) o acordo de pagamento amigável pelo insolvente (art. 783); jj) a escolha de depositário de bens seqüestrados (art. 824-I); ll) o acordo de partilha amigável (art. 1.031); mm) a alienação de bens em depósito judicial (art. 1.113, § 3°)

Além dessas hipóteses de atos de disposição, cogito examinar algumas outras, existentes em outros ordenamentos processuais, mencionadas pela doutrina ou possivelmente compatíveis com o ordenamento brasileiro, como a renúncia bilateral antecipada do recurso futuro, a penhora em lugar inacessível, a não impugnação do valor da causa, a escolha do procedimento, o acordo de alienação antecipada dos bens penhorados e a convenção sobre a escolha do bem a ser penhorado.

Talvez seja ainda muito cedo para conclusões definitivas, mas, de qualquer modo, parece estar aberta a porta para uma compreensão mais precisa sobre a relação de

equilíbrio que deve existir entre os poderes do juiz e os poderes de disposição das partes no processo civil brasileiro. A cooperação e o diálogo humano, que devem constituir o clima dominante no desenvolvimento do processo, exige o mútuo reconhecimento das posições de vantagem que cada um dos interlocutores está em condições mais favoráveis de tutelar, sem rivalidades, nem autoritarismos, mas no espírito construtivo do processo mais justo possível e da conseqüente solução mais adequada possível da causa.

Rio de Janeiro, 2 de junho de 2007

II. A LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA A PROPOSITURA DE AÇÕES CIVIS PÚBLICAS: PRIMEIRAS IMPRESSÕES E QUESTÕES CONTROVERTIDAS.

Humberto Dalla Bernardina de Pinho[1]

A Lei Federal nº 11.418, de 15 de janeiro de 2007 é, a um só tempo, um marco histórico e a correção de uma injusta discriminação com uma das mais importantes e respeitadas instituições brasileiras.

O artigo 2º dessa Lei, ao dar nova redação ao artigo 5º da Lei nº 7.347/85, denominada Lei da Ação Civil Pública, inscreve a Defensoria Pública entre os legitimados para a propositura de tais demandas.

Nas linhas abaixo, faremos uma análise da evolução legislativa em matéria de ações coletivas. Após, teceremos algumas considerações sobre as modalidades de direitos transindividuais para, em seguida, examinar as perspectivas no Projeto de Código de Direitos Coletivos[2] apresentado recentemente pelo IBDP.

Com efeito, o texto base sobre a ação civil pública é a já referida Lei nº 7.347/85, o que denota que o ordenamento brasileiro é ainda neófito no tema[3].

Portanto, apenas três anos antes[4] da edição de nossa atual Carta Política, nosso legislador começa a se preocupar com a proteção dos interesses sociais, para utilizar a expressão cunhada pelo texto constitucional no artigo 127.

---

[1] Pós-Doutor em Direito (*University of Connecticut School of Law*). Mestre, Doutor em Direito e Professor Adjunto de Direito Processual (Universidade do Estado do Rio de Janeiro). Professor da Universidade Estácio de Sá. Promotor de Justiça Titular no Estado do Rio de Janeiro.

[2] Disponível para consulta no sítio do Instituto, em http://www.direitoprocessual.org.br, acesso em 22 de fevereiro de 2007.

[3] Apenas para que se tenha uma idéia de nosso atraso, datam de 1820 os primeiros processos coletivos na experiência norte-americana, destacando-se, em especial, o pioneiro West v. Rendall, de 1820, em que certo residente de Massachussets tinha pretensões indenizatórias face a seus trustees, que teriam dilapidado seu patrimônio. Não obstante o julgamento da ação como inepta pela Corte Federal[3], o "Justice" Joseph Story argumenta em seu voto que, caso o feito fosse admitido, todos os residentes de Rhode Island deveriam ser partes no processo, por faltar àquela região a jurisdição da "equity" e pela impossibilidade prática de todas as partes figurarem no processo. Para maiores informações, consulte-se YEAZELL, Stephen C. *From Medieval Group Litigation to the Modern Class Action*, London: Yale University Press, 1987, p. 149.

[4] É bem verdade que Barbosa Moreira já estudava o assunto desde a edição da Lei da Ação Popular, no ano de 1965, enquanto Paulo Cezar Pinheiro Carneiro sustenta que o primeiro registro legal da tutela de tais direitos em nosso país remonta à Consolidação das Leis do Trabalho, quando tratou dos dissídios coletivos. Para maiores informações, conferir: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A Ação Popular no Direito Brasileiro como*

A partir daí, podemos dizer que se inicia o movimento para mover o eixo estrutural do processo de um viés puramente individual para a seara coletiva, o que já vinha acontecendo com o direito civil[5] e já era advertido pela doutrina processual[6] italiana.

Com a Lei nº 7.347/85, foram ampliadas as hipóteses de cabimento de demandas visando à tutela dos direitos difusos e coletivos, podendo tal ação ser utilizada não somente para a proteção do patrimônio público, que já era tutelável via ação popular, mas, da mesma forma, para a proteção do meio ambiente, dos consumidores, bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico, bem como qualquer interesse difuso ou coletivo[7].

Depois, mister fazer referência à Constituição Federal de 1988, que teve papel fundamental na tutela dos direitos coletivos *lato sensu*, uma vez que ampliou o objeto da ação popular, permitindo a sua utilização também para a preservação do meio ambiente e da moralidade administrativa; previu a possibilidade de mandado de segurança coletivo; e, por fim, dispôs expressamente sobre a legitimidade para tanto[8].

A Lei da Ação Civil Pública foi seguida pela Lei 7853/89, que disciplina especificamente a tutela dos direitos e interesses coletivos e difusos de pessoas portadoras de deficiência, e pela Lei 7913/89, que prevê a ação civil pública de responsabilidade por danos a investidores do mercado de valores mobiliários.

Posteriormente, tivemos a edição do E.C.A. (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990), que contemplou a viabilidade da ação civil pública por ofensa a direitos da criança e do adolescente.

Instrumento de Tutela Jurisdicional dos Chamados Direitos Difusos, in Temas de Direito Processual, Primeira Série, São Paulo: Saraiva, 1977; e CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à Justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública,* Rio de Janeiro: Forense, 2000.

[5] PERLINGIERI, Pietro. *Il Diritto civile nella Legalità Costituzionale*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1991.

[6] CAPPELLETTI, Mauro. *Formações Sociais e Interesses Coletivos Diante da Justiça Civil*, *in* Revista de Processo, Vol. 5, pp. 128/159.

[7] Art. 1º da Lei 7347/85.

[8] O artigo 5º da Constituição Federal de 1988 trata da ação popular e do mandado de segurança coletivo: *"Art. 5º(...): LXX – o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados; (...) 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;"*. A ação civil pública vem inserida no capítulo que trata do Ministério Público, como sendo uma de suas funções institucionais: *"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;"*

Logo após, foi editado o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11.09.90), que alterou diversos dispositivos da Lei da Ação Civil Pública e também regulamentou no ordenamento pátrio a ação coletiva nos seus artigos 91 a 100.

Importante, ainda, apontarmos a edição da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92), que visa ao combate dos atos ilícitos praticados por funcionários públicos no exercício de suas funções, criando mecanismos para a repressão a esses atos e a devolução aos cofres públicos das quantias desviadas de suas finalidades originais; da Lei nº 8.884/94 (Lei Antitruste), que dispõe sobre a prevenção e a repressão de infrações econômicas; e da Lei 8.974/95, que estabelece normas de proteção à vida e à saúde do homem, dos animais, das plantas, bem como do meio ambiente.

A seguir, tivemos a Lei nº 10.257/01, que em seu artigo 54 (que remete à Lei nº 7.347/85) contemplou a defesa coletiva da ordem urbana, e o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003) que criou uma série de normas protetivas às pessoas maiores de sessenta anos, bem como regulamentou o uso da ação civil pública para a defesa dos interesses desses indivíduos.

Por fim, a Lei Maria da Penha – Lei nº 10340/06 – que visa a coibir a violência doméstica, também contemplou a tutela coletiva nos artigos 26, inciso II e 37.

Vistos todos esses Diplomas, surge a inevitável indagação: qual a extensão da legitimidade da Defensoria Pública nesse contexto?

Estamos em que, diante da previsão genérica no artigo inciso II do art. 5º da Lei nº 7.347/85, a Defensoria Pública estará legitimada para todas as matérias contempladas nas Leis acima referidas.

A única exceção que poderá ser oposta diz respeito à matéria de improbidade administrativa, uma vez que a Lei nº 8.429/92 traz regra específica e restritiva a respeito do tema no artigo 16, que dispõe serem legitimados apenas o Ministério Público e a pessoa jurídica de direito público interno lesada.

Quer me parecer que aqui, por se tratar de moralidade administrativa, com claros reflexos nas instâncias penal e, por vezes, eleitoral, a legitimidade deve ser mesmo mais restrita, constituindo-se em norma específica que não admite revogação por Lei posterior.

Importante observar que o Estatuto do Idoso, traz em seu artigo 81 um rol de legitimados para a ação coletiva, que chega a incluir a Ordem dos Advogados do Brasil (inciso III), embora nada disponha sobre a Defensoria Pública.

Também a "Lei Maria da Penha" traz redação restritiva no artigo 37, dispondo que para ações coletivas em matéria de violência doméstica estarão legitimados o

Ministério Público e as Associações Civis, observado quanto a essas últimas, o requisito da pertinência temática.

Mesmo nesses dois casos, temos sustentado que a nova Lei nº 11.448/07, por ser norma posterior e por estar inserida exatamente no Diploma Base da Ação civil pública, que, aliás, é invocado por quase todas as demais Leis, se aplica também a esses casos.

Por outro lado, sendo ente legitimado para a propositura da ação, certamente poderá também habilitar-se como litisconsorte (art. 94 do C.D.C.). Pode-se ainda pensar numa interpretação extensiva do art. 5º, § 5º da Lei nº 7.347/85, de modo a se permitir um litisconsórcio entre Defensorias Públicas de Estados diversos ou ainda entre o ente estadual e a Defensoria Pública da União.

Contudo, é mais ponderado que tal dispositivo venha a ser inserido na Lei Orgânica da Defensoria Pública, tanto em nível federal (Lei Complementar nº 80/94) como nos planos estaduais (no caso do Rio de Janeiro, Lei Complementar nº 06/77).

Em razão das restrições contidas no art. 129, inciso III da Constituição da República, c/c art. 8º da Lei nº 7.347/85, a D.P. não pode instaurar inquérito civil, eis que se trata de providência privativa do Ministério Público, na medida em que este instrumento demanda uma série de providências investigatórias, como a requisição de documentos, depoimentos de testemunhas e realização de perícias, incompatíveis com a natureza constitucional da Defensoria.

Por outro lado, nos termos do artigo 5º, § 6º da Lei da Ação Civil Pública, poderá normalmente firmar compromissos de ajustamento de conduta, eis que se insere na definição legal de "órgão público".

Outras providências, como a convocação de audiências públicas e expedição de recomendações devem ser, por enquanto, evitadas, eis que sua efetivação, a nosso ver, demanda previsão legal específica nas respectivas leis orgânicas, como referido acima.

Como ocorre com os demais legitimados, à D.P. também será imposta a restrição referida no parágrafo único do artigo 1º da Lei da Ação Civil Pública, introduzido pela Medida Provisória nº 2180-35, de 24 de agosto de 2001, no sentido de não ser cabível a tutela coletiva *"para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia de Tempo de Serviço – FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados"*.

Ainda quanto à legitimidade, é preciso investigar sua dimensão político-social, a fim de ofertar sustentáculo dogmático à nova Lei.

Nesse passo, mister referir dois autores de grande relevância nessa matéria e que ajudaram a construir a "ponte" entre os mundos político e jurídico.

Barbosa Moreira[9] talvez tenha sido o primeiro processualista a ofertar uma visão sistemática da legitimidade, aclarando alguns pontos sobre o instituto.

Para o Mestre, legitimação é *"a coincidência entre a situação jurídica de uma pessoa tal como resulta da postulação formulada perante o órgão judicial, e uma situação legitimante prevista em lei para posição que essa pessoa se atribui, ou que ela mesma pretende assumir"*.

Prosseguindo nessa linha de raciocínio, Donaldo Armelin[10] faz distinção entre a legitimidade política-social e a legitimidade jurídica, asseverando que o ponto de contato entre elas reside na justificação do exercício do poder.

Destarte, o conceito de legitimidade é formado a partir de dois elementos, a saber: (i) objetivo, que representa a qualidade atribuída pela ordem jurídica ao sujeito legitimado para o exercício de determinados atos; e (ii) subjetivo, que indica a existência de uma situação de fato legitimante e que autorize a atuação do referido sujeito.

Tais considerações são interessantes para a tutela individual, mas não suficientes para fundamentar a legitimação de um ente para a tutela coletiva.

Com efeito, há grande controvérsia doutrinária, de cunho processual, acerca da legitimidade para a propositura da ação coletiva; discute-se ser ela ordinária ou extraordinária.

A bem da verdade, tal divergência já existia ao tempo da Lei nº 7.347/85. Neste trabalho não abordaremos a questão, mas remetemos o leitor às obras especializadas.

Embora prevalecesse o entendimento de que a legitimidade seria extraordinária[11], a idéia de Paulo Cezar Pinheiro Carneiro[12] mostrava-se bastante sedutora. Advogava ele a tese da legitimidade ordinária, na medida em que na ação coletiva o interesse

---

[9] BARBOSA MOREIRA. José Carlos. *Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária*. Revista dos Tribunais, RT, vol. 404: São Paulo, junho/1969, pp.9/10.

[10] ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1976.

[11] MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo,* 9ª edição, São Paulo: Saraiva, 1997; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação Civil Pública: Comentários por Artigo,* 2ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

[12] CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *O Ministério Público e a Lei da Ação Civil Pública – dez anos na defesa dos interesses difusos e* coletivos, *in* Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, volume 2, p. 148.

tutelado é da coletividade, e como tal, todos têm certa ligação com ele, não havendo razão plausível para se falar em tutela em nome próprio de interesse alheio.

É certo que tal questão se torna um pouco obscura nas hipóteses de direito individual homogêneo, dada a necessidade de observação de cada caso concreto, mas se torna bastante clara quando se trata de direito difuso ou coletivo.

De qualquer sorte, parece-nos realmente que o direito processual coletivo está a reclamar melhor regulamentação e mais atenção do legislador, sobretudo ante sua enorme importância social, não sendo, portanto, recomendável que se tente aplicar "forçosamente" as disposições do direito processual individual, como ocorre, *in casu*, com a suposta incidência do artigo 6º do C.P.C..

Temos sustentado que a legitimação nas ações coletivas é de natureza política[13], por ter sido uma opção do legislador não admitir a legitimidade do interessado, do sujeito da relação de direito material (como ocorre rotineiramente nos Estados Unidos, por exemplo, - Federal Rules of Civil Procedure[14] (FRCP), Rule 23, "b" e criar um rol de entes legitimados para tanto.

Nesse diapasão, a legitimidade da Defensoria Pública, tal como ocorre com os demais integrantes do rol do art. 5º, é fruto de uma escolha discricionária do legislador, que aponta expressamente os entes que considera capacitados para a tutela coletiva, independentemente da vinculação ou não ao direito material em jogo.

Ao se considerar como política essa legitimidade, surge a necessidade de se justificar tal opção pelo legislador. Nesse ponto, mais uma vez socorremo-nos do direito norte-americano, cuja doutrina já debate a questão há vários anos, tendo chegado, apesar dos posicionamentos divergentes, a um bom termo.

Nesse passo, na busca de um substrato jurídico-conceitual para as "class actions", erigiram-se muitas teorias, dentre as quais destacamos três: (i) Teoria da Comunidade de Interesses; (ii) Teoria do Consenso (essas duas consideradas teorias unitárias e reputadas insatisfatórias pela moderna doutrina do direito processual norte-americano); e (iii) Teoria Substantiva da Ações Coletivas.

A primeira das teorias identifica-se com a produção legislativa e jurisprudencial do século XIX; a segunda com o interregno de 1938 a 1966; e a terceira trata particularmente de questões cujo advento é posterior à reforma[15] de 1966.

---

[13] No sentido do texto, NERY JR. Nelson et alli. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 628, nota 17.

[14] A versão atualizada das "Regras" está disponível em nosso sítio: http://www.humbertodalla.pro.br.

[15] Maiores informações sobre as reformas na Rule 23 podem ser obtidas com a leitura das seguintes obras: BUENO, Cássio Scarpinella. *As Class Actions Norte-Americanas e as Ações Coletivas Brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta, in* Revista de Processo, Vol. 82, abr/jun, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1996, pp.

Embora nos voltemos aqui para o sistema legal norte-americano, certamente da análise destas teorias será possível depreender elementos aplicáveis universalmente às ações coletivas, em especial no que tange ao ordenamento brasileiro.

Comecemos pela Teoria da Comunidade de Interesses.

A doutrina[16] norte-americana das class actions partiu do pressuposto de que *"a class must, for all purposes of the suit, constitute a unit"*.

Já em 1837, ensinava Calvert[17] que a "community of interests" era o elemento fundamental para a instauração da "class action".

Segundo ele: *"This form of suit cannot be adopted, unless all the persons on whose behalf the bill is filed, have one common interest in all the objects of the suit"*.

Largo dissenso, contudo, se instalou desde cedo na doutrina estadunidense no que tange à verificação do que configuraria a unidade da classe; bastaria a possibilidade de instauração de um mesmo *"case"*, em que se apreciassem *"joint and several rights",* ou seria necessário compartilharem os membros da classe de um mesmo direito, bastando uma única sentença para que todos se vissem contemplados?

O fato é que a Teoria da Unidade de Interesses concebia a classe como uma entidade unitária, engendrada abstrata e juridicamente a partir da natureza de unicidade e homogeneidade dos direitos envolvidos. Derivava, portanto, não de opção das partes ou discricionariedade judicante, mas da própria estrutura das relações jurídicas envolvidas.

Vejamos agora a Teoria do Consentimento.

92/151. CUNHA, Alcides Munhoz da. *Evolução das Ações Coletivas no Brasil*, *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n° 77, pp. 224/235, jan./mar. 1995. GIDI, Antonio. *Class Action in Brazil - a model for civil law countries*, The American Journal of Comparative Law, vol LI, number 2, 2003. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Da Class Action for Damages à Ação de Classe Brasileira: os Requisitos de Admissibilidade, in REPRO*, vol. nº 101, ano 26, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan/mar 2001, pp.11/27. HENSLER, Deborah R. *et allii*. *Class Action Dilemmas*, Santa Monica: Rand, 2000. KLONOFF, Robert H, BILICH, Edward K. M. *Class Actions and other multi-party litigation – Cases and Materials*, Minnesota: West Group, 2000. LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações Coletivas: História, Teoria e Prática*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. MILLER, Arthur R. *On Frankenstein Monsters and Shining Knights: Mith, Reality and The Class Action Problem*, *Harvard Law Review*, jan./79, 92(3): 664-694. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Class Actions in Brazilian Law: General Aspects. Evolution and Some Controversies, in* Connecticut Journal of International Law, vol 20, number 2, summer 2005, pp. 185/197). TUCCI, José Rogério Cruz e. *Class Action e Mandado de Segurança Coletivo,* São Paulo: Saraiva, 1990.

[16] HARVARD UNIVERSITY. *Developments in Law: Class Actions*, Harvard Law Review, may/76, 89(7), p. 1332.

[17] CALVERT, F. HARVARD UNIVERSITY, *op. cit*, p. 1333.

Como antítese da teoria do "community of interests", a teoria do consentimento toma por ponto de partida a individualidade dos interesses envolvidos na "class action". A configuração da "class", dentro dessa perspectiva, não seria corolário direto da natureza dos direitos e interesses envolvidos, mas situação fática decorrente do consenso expresso dos membros.

A teoria, embora possa ter parecido para alguns uma forma de emprestar maior legitimidade às "class actions", foi pouco acolhida pela jurisprudência e, nas raras vezes em que foi esposada pelos tribunais, não se revelou bem sucedida. Na verdade, propõe inverter o foco de abordagem da teoria da comunidade de interesses; enquanto esta última interpreta a "class" como um ente unitário distinto de seus membros, a primeira enxerga-a como um agregado de indivíduos.

Assim, cabe ao indivíduo aferir as vantagens e desvantagens envolvidas na litigância coletiva. Por um lado diminuem os custos da ação e aumenta o poder de barganha do grupo. Por outro, contudo, estará o indivíduo no mais das vezes alijado do controle do litígio, embora vinculado aos efeitos da sentença, mesmo em detrimento de seus interesses.

Apesar de tudo o que se afirmou até agora, a bem da verdade, ambas as teorias se encontram em franco desuso desde a reforma de 1966.

Já é hora, pois, de examinar a Teoria Substantiva das Ações Coletivas, assim definida pela doutrina da Harvard Law School[18]:

> *"Class action procedures assist courts in giving full realization to substantive policies in two ways. First, to the extent that they open courts to claims not ordinarely litigated, class actions enable courts to enforce policies underlying causes of action in circumstances where those policies might not otherwise be effectuated. Second, to the extent that they enable courts to see the full implications of recognizing rights or remedies, class action procedures assist courts in judging precisely what outcomes of litigation would best serve the policies underlying causes of action. Class action procedures are fair because courts are more likely to see both significance of the claims of a plaintiff and the consequences of imposing liability to a defendant, and thus are more likely to arrive at a substantively just conclusion. Through class action procedures, moreover, the interests of absentees, who may be affected by litigation regardless of its class nature, are given representation in the litigative process, and thus are more likely to be given their due".*

[18] HARVARD UNIVERSITY. *idem*, p. 1353.

Desse modo, temos que a "substantive theory" encara a "class action" como uma solução processual de acesso à justiça, principalmente nos casos em que a litigância individual se provaria economicamente inviável.

Dessa forma, a solução processual das "class actions", sob o prisma da substantive theory, pode e deve representar uma resposta processual adequada aos desafios inerentes à tutela dos direitos transindividuais, servindo igualmente para justificar a opção política do legislador.

A partir dessas premissas apontadas, a legitimidade da Defensoria Pública exsurge de forma inquestionável, apoiada na doutrina da Teoria Substantiva, como instrumento viabilizador ou ao menos facilitador do acesso à justiça.

Questão interessante e que já começa a chamar a atenção dos especialistas diz respeito a uma possível restrição da legitimidade da Defensoria Pública tendo em vista a espécie de direito transindividual tutelado.

Como é de conhecimento geral, o artigo 81, parágrafo único do C.D.C. apresenta as três espécies de direitos coletivos em sentido lato: (i) difuso; (ii) coletivo em sentido estrito; e (iii) individual homogêneo.

Como já temos manifestado, em diversas ocasiões, a opção do legislador foi profundamente equivocada.

Os direitos transindividuais não são estáticos e não admitem uma classificação definitiva. São direitos dinâmicos, na medida em que refletem a pretensão de uma coletividade que está em constante mutação.

Embora seja algo desejável, do ponto de vista teórico e sistemático, na prática, a classificação proposta pelo CDC tem se mostrado catastrófica. Vários problemas têm surgido a partir da dificuldade de adaptação desses conceitos herméticos às situações concretas.

Apenas para citar um exemplo, podemos referir a discussão acerca da legitimidade do Ministério Público no caso do reajuste das mensalidades escolares[19].

[19] *"Recurso Extraordinário Constitucional. Legitimidade do Ministério Público para promover a Ação Civil Pública em defesa dos interesses difusos, coletivos e homogêneos. Mensalidades escolares: capacidade postulatória do Parquet para discuti-las em juízo. 1. A Constituição Federal confere relevo ao Ministério Público como 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 (CF, art. 127). 2. Por isso mesmo detém o Ministério Público capacidade postulatória, não só para a abertura do inquérito civil, da ação penal pública e da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente, mas também de outros interesses difusos e coletivos (CF, art. 129, I e III). 3. Interesses difusos são aqueles que abrangem número indeterminado de pessoas unidas pelas mesmas circunstâncias de fato e coletivos aqueles pertencentes a grupos, categorias ou classes de pessoas determináveis, ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. 3.1. A indeterminidade é a característica fundamental dos interesses difusos e a*

Desde o ajuizamento da demanda, mais de cinco anos se passaram até que o Supremo Tribunal Federal resolvesse, por maioria, que o *Parquet* estava legitimado para tanto.

Cinco anos para se atestar a presença de uma condição para o regular exercício do direito de ação.

A partir daí, os autos do processo retornaram ao juízo de primeira instância, para que esse proferisse o despacho liminar positivo, e desse seguimento à fase postulatória, com a citação do réu.

Como se percebe facilmente, após o decurso de tanto tempo, todos os pais de alunos que estavam em dificuldades financeiras para pagar a mensalidade de seus filhos, tiveram que encontrar outra solução, pois quando o STF finalmente se manifestou, aqueles alunos já haviam concluído o curso secundário.

O legislador, em 1990, trabalhou com conceitos jurídicos indeterminados, com normas em aberto e, com isso, criou toda essa confusão.

Realmente, não faz muito sentido a opção de avocar a responsabilidade de definir e classificar um instituto e não apresentar uma delimitação objetiva clara sobre o mesmo.

O problema é potencializado, na medida em que os Tribunais demonstraram, por muito tempo, extrema dificuldade em trabalhar com os novos conceitos e não há ainda uma estrutura que permita a aplicação de regras próprias à jurisdição coletiva. Nesse sentido, já tivemos oportunidade[20] de ressaltar que:

---

determinidade a daqueles interesses que envolvem os coletivos. 4. Direitos ou interesses homogêneos são os que têm a mesma origem comum (art. 81, III, da Lei n° 8.078, de 11 de setembro de 1990), constituindo-se em subespécie de direitos coletivos. 4.1. Quer se afirme interesses coletivos ou particularmente interesses homogêneos, stricto sensu, ambos estão cingidos a uma mesma base jurídica, sendo coletivos, explicitamente dizendo, porque são relativos a grupos, categorias ou classes de pessoas, que conquanto digam respeito às pessoas isoladamente, não se classificam como direitos individuais para o fim de ser vedada a sua defesa em ação civil pública, porque sua concepção finalística destina-se à proteção desses grupos, categorias ou classe de pessoas. 5. As chamadas mensalidades escolares, quando abusivas ou ilegais, podem ser impugnadas por via de ação civil pública, a requerimento do Órgão do Ministério Público, pois ainda que sejam interesses homogêneos de origem comum, são subespécies de interesses coletivos, tutelados pelo Estado por esse meio processual como dispõe o artigo 129, inciso III, da Constituição Federal. 5.1. Cuidando-se de tema ligado à educação, amparada constitucionalmente como dever do Estado e obrigação de todos (CF, art. 205), está o Ministério Público investido da capacidade postulatória, patente a legitimidade ad causam, quando o bem que se busca resguardar se insere na órbita dos interesses coletivos, em segmento de extrema delicadeza e de conteúdo social tal que, acima de tudo, recomenda-se o abrigo estatal. Recurso extraordinário conhecido e provido para, afastada a alegada ilegitimidade do Ministério Público, com vistas à defesa dos interesses de uma coletividade, determinar a remessa dos autos ao Tribunal de origem, para prosseguir no julgamento da ação." (RE N. 163.231-SP. RELATOR: MIN. MAURÍCIO CORRÊA - Informativo nº 234 do S.T.F, disponível na Internet no seguinte endereço: http://www.stf.gov.br).

[20] PINHO, Humberto Dalla Bernardina de *Direito Individual Homogêneo e legitimidade do Ministério Público: visão dos Tribunais Superiores, in* Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ,

> *"Toda a dificuldade surge da conjugação de uma legislação lacônica, fundada em conceitos jurídicos abertos ou indeterminados, aliada a uma postura tradicionalista de alguns membros do Poder Judiciário, que, infelizmente, e com todas as vênias, ainda não se mostram imbuídos de uma mentalidade apropriada à solução dos conflitos de massa, os quais demandam regras próprias, sendo inviável a aplicação das mesmas regras atinentes à jurisdição individual. Nesse passo, percebe-se, não raras vezes, que os tribunais tentam aplicar a teoria geral do processo tradicional, construída para atender às demandas individuais, aos novíssimos conflitos sociais, que, certamente, não eram sequer imaginados pelos grandes mestres clássicos quando disciplinaram os institutos da legitimidade, competência, conexão, litispendência e coisa julgada, entre tantos outros. Hoje, podemos afirmar, a toda evidência, que a legislação brasileira reclama a criação e a sistematização de uma teoria geral diferenciada e específica ao processo coletivo, eis que a concepção tradicional não oferece uma solução apropriada à maioria dos problemas processuais típicos das ações de classe".*

De se referir, nesse ponto, a experiência norte-americana.

Numa tentativa de se chegar a uma base teórica para as ações coletivas, James W. Moore, um dos redatores do Federal Rules of Procedure, concebeu um conceitualismo confuso, consignado na Rule 23 do referido diploma legal, em que se dividiam as ações coletivas em true, hybrid e spurious[21].

Depreende-se da leitura da antiga Rule 23 que as ações eram classificadas com base no critério da natureza do direito *("character of the right"*). Uma *"true class action"* seria, portanto, aquela que versasse sobre interesses comuns e internos dos membros de uma mesma pessoa jurídica, como as associações, por exemplo. Uma *"hybrid class action"* (tornada obsoleta pela superveniência de uma legislação de falências) consubstanciaria a hipótese dos concursos de credores. Por fim, as *"spurious class actions"* seriam meros convites aos litisconsortes a fim de que esses ingressassem naquela relação jurídico-processual.

A propósito, anota José Rogério Cruz e Tucci[22]:

---

volume 07, nº 26, Rio de Janeiro, 2004, pp. 246/7. Neste texto podem ser encontrados ainda diversos outros casos em que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça foram chamados a identificar a espécie de direito transindividual, de forma a resolver se o Ministério Público teria ou não legitimidade para a sua tutela.

[21] BUENO, Cássio Scarpinella. *As Class Actions Norte-Americanas e as Ações Coletivas Brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta, in* Revista de Processo, Vol. 82, abr/jun, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1996, p. 94.

[22] TUCCI, José Rogério Cruz. *Class Action e Mandado de Segurança Coletivo,* São Paulo: Saraiva, 1990, p. 26.

> *"Antes da reforma de 66, a regra 23, como visto, ensejava uma tríplice distinção das class actions, dependendo do character of right deduzido em juízo e, por isso, diferente era a extensão dos limites subjetivos da coisa julgada (binding effect) em cada uma das espécies então concebidas. Com efeito, na denominada true class action – quando o direito da categoria era joint ou common – a eficácia ultra partes da decisão atingia diretamente todos os membros do grupo, ainda que estranhos ao processo. Tratando-se da hipótese de hybrid class action – quando os direitos dos componentes eram distintos (several), mas referentes a um único bem -, na qual havia um interesse comum, os efeitos da denominada claim preclusion atingiam todos os membros tão somente em relação aos seus respectivos direitos sobre o bem que havia sido objeto da controvérsia. (...) Por outro lado, na hipótese de spurious class action – quando os direitos dos componentes eram distintos (several), mas dependentes de uma questão comum de fato ou de direito, ensejando uma decisão uniforme – a qual, como decorre da própria denominação, apenas do ponto de vista prático era inserida entre as class actions, a sentença projetavas seus efeitos exclusivamente àqueles que participavam do processo: 'bound only the parties before the court'".*

Durante os vinte e oito anos de vigência da classificação (1938-1966), consignada na Rule 23 do "Federal Rules of Civil Procedure", não se conseguiu implementar de forma eficiente o sistema, altamente criticado pela doutrina e mal compreendido na jurisprudência.

A partir de 1966, com a reformulação da Rule 23, extinguiram-se as antigas categorias e instalou-se um regime de *"opt-out"* para as ações coletivas (tutelares de direitos individuais homogêneos) e de dispensa de notificação para as ações populares (tutelares de direitos difusos). Essas alterações foram acompanhadas nas legislações estaduais, se bem que com considerável redução de requisitos para sua propositura, na maioria das vezes.

Nessa linha de raciocínio, e retornando ao problema brasileiro, talvez fosse o caso de o legislador abandonar a classificação no plano material (do direito civil) e adotar uma classificação no plano processual, de modo a conceber apenas duas espécies de ação, de acordo com divisibilidade ou não do direito e, consequentemente, de acordo com o destinatário do valor a ser percebido a título de indenização (o fundo, no primeiro caso e os lesados, no segundo).

Não obstante a crítica, mister examinar o dispositivo do C.D.C. a fim de se avaliar a necessidade de balizamento na atuação da Defensoria Pública.

Os direitos ou interesses difusos são conceituados no art. 81, parágrafo único, inciso I do Código de Defesa do Consumidor como sendo *"os transindividuais, de*

natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato".

Rodolfo de Camargo Mancuso[23], com base na conceituação legal acima apontada, indica como características básicas de tais interesses a indeterminação dos sujeitos, a indivisibilidade do objeto, a intensa conflituosidade, e a sua duração efêmera.

Com relação à indeterminação dos sujeitos, temos que os interesses difusos dirão respeito a um grupo indeterminado ou dificilmente determinável de sujeitos.

Justifica-se a tutela dessa espécie de direitos a partir do raciocínio de que se o interesse individual merece a tutela do Direito, com mais razão ainda a merece o interesse de muitos, ainda que os seus titulares não possam ser identificados precisamente.

A lesão a esses direitos, por conseqüência, também atingirá um número indeterminado de pessoas, que pode ser tanto uma comunidade, quanto uma etnia, ou mesmo um país inteiro. Assim, temos que *"os interesses difusos situam-se no 'extremo oposto' dos direitos subjetivos, visto que estes apresentam como nota básica o 'poder de exigir', exercitável por seu titular, contra ou em face de outrem, tendo por objeto certo bem da vida"*.

Quanto à indivisibilidade do objeto, a satisfação dos interesses difusos a um indivíduo implica necessariamente na satisfação de outros, já que a lesão também atingirá toda a coletividade. O caráter da indivisibilidade desses interesses também decorre do fato de que não existe a possibilidade de se afirmar com precisão quanto do direito pertence a cada um dos integrantes do grupo indeterminado, que é o seu titular.

A terceira característica dos direitos difusos é a intensa litigiosidade interna[24] que *"deriva basicamente da circunstância de que todas essas pretensões meta individuais não têm por base um vinculo jurídico definido, mas derivam de situações de fato, contingentes, por vezes até ocasionais"*.

A quarta característica diferenciadora dos interesses difusos é a sua transição ou mutação no tempo e no espaço, visto que os mesmos surgem e também desaparecem muitas vezes de situações repentinas e imprevisíveis.

Os direitos ou interesses coletivos em sentido estrito são conceituados pelo artigo 81, parágrafo único, inciso II do CDC, como *"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"*.

---

[23] MANCUSO, Rodolfo de Camargo, *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 5ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, p. 88.

[24] Idem. ibidem, pp. 94.

Conforme lição de Kazuo Watanabe[25], *"com o uso da expressão transindividual de natureza indivisível se destacou, antes de mais nada, a idéia de interesses individuais agrupados ou feixe de interesses individuais da totalidade dos membros de uma entidade ou de parte deles"*.

Assim, são direitos coletivos em sentido estrito aqueles cujos sujeitos estão ligados entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base, e não por circunstâncias fáticas, como ocorre no caso dos direitos difusos.

Ademais, os titulares dos direitos coletivos em sentido estrito são determinados, ou ao menos determináveis em tese, em virtude do fato de que eles fazem parte de certos "grupos, categorias, ou classes", como, por exemplo, os condôminos de um edifício, os sócios de uma empresa, os membros de uma equipe esportiva, os membros de uma associação de classe, etc.

Também os direitos coletivos em sentido estrito são indivisíveis; tal qual ocorre com os direitos coletivos, também aqui a satisfação ou a lesão do direito irá atingir indistintamente todos os seus possíveis titulares[26].

Ainda podemos apontar como características dos direitos coletivos em sentido estrito, dada a sua natureza, que eles são insuscetíveis de apropriação individual, de renúncia ou de transação, e intransmissíveis.

Finalmente, os direitos individuais homogêneos.

O CDC inovou ao incluir em seu artigo 81, parágrafo único, inciso III, a possibilidade de tutela coletiva desses direitos, definidos, simploriamente, como aqueles que possuem *"origem comum"*.

Essa falta de conceituação precisa levou a um entendimento errôneo de que seria interesse individual homogêneo aquele que não pudesse ser encaixado nas conceituações de direitos difusos e coletivos[27]. Assim passamos a analisar alguns conceitos que foram desenvolvidos pela doutrina, a fim de delimitar mais precisamente o tema.

De acordo com o magistério de Sérgio Ricardo de Arruda Fernandes[28], *"os direitos individuais homogêneos particularizam-se por serem singulares, próprios de cada pessoa (pois, divisíveis), decorrentes de fato comum, mas que por motivos de interesse*

[25] WATANABE, Kazuo. *Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense*. REPRO, vol. 67, Revista dos Tribunais: São Paulo, 1992, p. 17.

[26] ZAVASCKI, Teori albino, *Defesa de Direitos Coletivos e Defesa Coletiva de Direitos*. REPRO, vol. 78, Revista dos Tribunais: São Paulo, 1995, p. 34.

[27] PINHO, Humberto Dalla Bernardina de, *A natureza jurídica do direito individual homogêneo e sua tutela pelo Ministério Público como forma de acesso à justiça*. Rio de Janeiro, Forense, 2002, p. 33.

[28] FERNANDES, Sérgio Ricardo de Arruda. *Breves considerações sobre as ações coletivas contempladas no Código de Defesa do Consumidor*. Revista de Processo, vol. 71, 1993, p. 141.

social podem ser tutelados coletivamente, como meio de lograr maiores êxitos no aspecto da efetiva reparação patrimonial".

Assim, temos que os direitos individuais homogêneos são aqueles que têm por base uma mesma circunstância fática, sendo os seus titulares determinados ou ao menos determináveis, distinguindo-se exatamente nesse ponto dos direitos difusos, que também têm por base a mesma circunstância fática, todavia os seus titulares são indeterminados.

Muito também se discute quanto à natureza individual ou coletiva dos direitos individuais homogêneos.

Alcides A. Munhos da Cunha[29], assumindo posição minoritária, entende que os direitos ou interesses individuais homogêneos *"são interesses meta-individuais, enquanto pressupõem interesses coordenados e justapostos que visam à obtenção de um mesmo bem, de uma mesma utilidade indivisível"*.

Em sentido contrário, Rodolfo de Camargo Mancuso[30] preleciona que *"tudo indica que os interesses individuais homogêneos não são coletivos em sua essência, nem no modo como são exercidos, mas apresentam certa uniformidade, pela circunstância que seus titulares se encontram em certas situações, que lhes confere coesão suficiente para destacá-los da massa de indivíduos isoladamente considerados"*.

Nessa mesma esteira, Pedro da Silva Dinamarco[31] afirma serem eles *"verdadeiros interesses individuais, mas circunstancialmente tratados de forma coletiva. (...) São conseqüências da moderna sociedade de massa, em que a concentração de pessoas em grandes centros e a produção em série abrem espaço para que muitas pessoas sejam prejudicadas por um mesmo fato"*.

Entendemos nós[32] que o direito individual homogêneo é direito subjetivo individual complexo; *"é um direito individual porque diz respeito às necessidades, aos anseios de uma única pessoa; ao mesmo tempo é complexo, porque suas necessidades são as mesmas de todo um grupo de pessoas, fazendo nascer, destarte, a relevância social da questão"*.

---

[29] CUNHA, Alcides A. Munhos da. *Evolução das Ações Coletivas no Brasil*. Revista de Processo, vol. 77, 1995, p. 233.

[30] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Sobre a legitimação do Ministério Público em matéria de interesses individuais homogêneos*. Ação Civil Pública: Lei 7.347/85: reminiscências e reflexões após 10 anos de aplicação – coordenador Édis Milaré, São Paulo, Revista dos Tribunais. 1995, pp. 438-450.

[31] DINARCO, Pedro da Silva. *Ação Civil Pública*. São Paulo, Saraiva, 2001, p. 60.

[32] PINHO, Humberto Dalla Bernardina de Pinho. *Direito Individual Homogêneo – uma leitura e releitura do tema, in* Revista Júris Poiesis, volume 06, ano 07, pp. 213/226, Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, 2004.

Examinadas as três espécies, chega a hora de avaliar o papel da Defensoria Pública nesse contexto.

O Projeto[33] de Código Brasileiro de Direitos Coletivos, em seu artigo 20, inciso IV assegura legitimidade para a tutela dos direitos transindividuais pela Defensoria Pública, regulando a matéria da seguinte forma:

> *"Art. 20. Legitimação. São legitimados concorrentemente à ação coletiva ativa: (...)*
> *IV – a Defensoria Pública, para a defesa dos interesses ou direitos difusos e coletivos, quando a coletividade ou os membros do grupo, categoria ou classe forem necessitados do ponto de vista organizacional, e dos individuais homogêneos, quando os membros do grupo, categoria ou classe forem, ao menos em parte, hiposuficientes";*(sic)

Como se pode perceber, o Projeto cria duas hipóteses distintas:

(i) se o direito for difuso ou coletivo, a legitimidade da Defensoria Pública depende da verificação, no caso concreto, de um requisito específico, a saber, a necessidade organizacional da coletividade ou dos membros do grupo, categoria ou classe;

(ii) se o direito for individual homogêneo, a legitimidade está condicionada a hipossuficiência de ao menos uma parcela do grupo, categoria ou classe.

Mais uma vez, corremos o risco de o legislador trabalhar com conceitos jurídicos indeterminados e, em razão de intermináveis discussões judiciais, colocar em risco a efetividade da tutela desses direitos.

Como já referimos, a classificação dos direitos coletivos (lato sensu) no plano material é falha, leva a desencontros conceituais, e já foi abandonada, desde o ano de 1966, pela legislação norte-americana.

Como se isso não bastasse, o Projeto cria um requisito de conteúdo indeterminado e que demanda uma avaliação subjetiva.

Afinal de contas, o que é necessidade organizacional? Como pode ser aferida? Quais são os parâmetros objetivos para tanto? E se houver discordância entre o Juiz e o Defensor Público acerca da presença desse requisito?

[33] De acordo com a última versão disponível quando da elaboração deste artigo (abril de 2007), consultada no sítio do IBDP, em http://www.direitoprocessual.org.br. O artigo 42 do mesmo Projeto garante ainda à Defensoria Pública a legitimidade para impetrar mandado de segurança coletivo

É razoável exigir-se do Defensor que interrompa todo o seu trabalho (que não é pouco) e faça uma investigação minuciosa para descobrir se há ou não a tal necessidade?

Ainda que ele se disponha a isso, o que fazer se o Juiz não entender dessa forma e rejeitar a inicial sob o fundamento da ausência dessa "condição específica para o regular exercício do direito de ação"? Teremos aqui uma reedição do mesmo problema que ocorreu com a legitimidade do Ministério Público e a extensão dos direitos individuais homogêneos, que emperrou os Tribunais por anos e levou a um atraso desnecessário na prestação jurisdicional?

Ou ainda, por outro lado, se o Defensor entende que não há a referida necessidade organizacional e, fundamentadamente, deixa de propor a ação civil pública, podem os interessados questionar esse ato de alguma forma? Seria cabível exigir do Defensor, ao não propor, que encaminhasse os autos à Chefia da Instituição para exame da conveniência e oportunidade desse ato?

Deveria o Defensor, por outro lado, encaminhar ao M.P. ou a outro legitimado, se entendesse faltar esse requisito, ou simplesmente "arquivar" o pedido de providências ou a notícia de ilícito civil, sem a necessidade de tomar providências outras. Em suma como se daria o controle administrativo desse ato, se é que deveria estar sujeito a algum controle, ou seria apenas uma manifestação de sua independência funcional.

As mesmas questões se aplicam ao direito individual homogêneo, além de outras relativas ao termo "hipossuficiência" utilizado pelos redatores do Projeto.

Inicialmente, não se identifica de que hipossuficiência estamos falando: econômica, social, cultural ou jurídica. Em segundo lugar, não há um referencial proporcional; o texto fala apenas em parte do grupo. Seria, ao menos, a metade mais um?

Ainda que positiva a resposta, como isso poderia ser aferido na prática?

Uma vez mais se coloca a indagação: é razoável exigir do Defensor que abandone suas funções e, de calculadora em punho, saia batendo de porta em porta indagando se aquela pessoa pertence aquele grupo e, em caso positivo, proceda a uma investigação social para verificar ou não uma hipossuficiência que nem ele mesmo sabe como definir ou balizar?

Com todo respeito aos autores do Projeto, e sem ter a pretensão de criticá-los, parece que a redação ainda está a reclamar um amadurecimento e exame sob o ponto de vista prático. Um Projeto com tamanha ambição social não pode ser redigido apenas em gabinetes, sob influxos teóricos e dogmáticos. Deve se submeter ao mais amplo crivo social, ouvindo-se efetivamente os operadores do direito que serão diretamente atingidos por ele e que serão os seus instrumentalizadores!

É certo, por um lado, que se percebe uma preocupação com a questão constitucional. Afinal de contas, a Carta de 1988, ao tratar da Defensoria Pública no art. 134, faz expressa menção à defesa dos "necessitados". Nessa linha de raciocínio, realmente, não poderia o Projeto conferir uma legitimidade ampla à Defensoria como aquela que se outorga ao Ministério Público, por exemplo.

Por outro lado, hoje, diante da vigência da Lei nº 11.448/07, não há parâmetros concretos para essa defesa, ao mesmo tempo em que a Defensoria, enquanto Instituição Pública, não pode se negar a tutelar um direito de grupo de pessoas, classe ou categoria que a procura e invoca a condição de hipossuficiente ou necessitada.

A questão é ainda mais tormentosa porque sempre pairou a noção de que o Ministério Público deveria tratar de questões coletivas, ao passo que a Defensoria se encarregaria de problemas individuais, os quais, por sua vez, não poderiam ser tutelados pelo M.P., sob pena de se violar o artigo 129, inciso IX da Carta, que veda ao M.P. o exercício de funções atípicas.

Entretanto, é bem verdade que essa divisão nunca foi obedecida em termos absolutos.

Em 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 201, inciso III, conferiu ao *Parquet* a legitimidade para ajuizar ação de alimentos, apesar do silêncio do Código Civil, do C.P.C. e da própria Lei de Alimentos (Lei nº 5.478/68), e este dispositivo nunca foi questionado em A.D.I.N.. Ao contrário, recentemente, o S.T.J.[34] fez referência a essa possibilidade ao reconhecer a legitimidade do M.P. para providências de natureza individual previstas no Estatuto do Idoso.

O Pretório Excelso, a seu turno, examinando a tormentosa questão da legitimidade do M.P. para a ação civil *ex delicto*[35], na forma do art. 68 do C.P.P.,

[34] AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE. MP. IDOSO. Tal quando objetiva proteger o interesse individual do menor carente (arts. 11, 201, V, 208, VI e VII, da Lei n. 8.069/1990), o Ministério Público tem legitimidade ativa *ad causam* para propor ação civil pública diante da hipótese de aplicação do Estatuto do Idoso (arts. 15, 74 e 79 da Lei n. 10.741/2003). No caso, cuidava-se de fornecimento de remédio. Precedentes citados: REsp 688.052-RS, DJ 17/8/2006, e REsp 790.920-RS, DJ 4/9/2006**.** REsp 855.739-RS**,** Rel. Min. Castro Meira, julgado em 21/9/2006. (Informativo nº 297, disponível em http://www.stj.gov.br).

[35] MINISTÉRIO PÚBLICO: LEGITIMAÇÃO PARA PROMOÇÃO, NO JUÍZO CÍVEL, DO RESSARCIMENTO DO DANO RESULTANTE DE CRIME, POBRE O TITULAR DO DIREITO À REPARAÇÃO: C. PR. PEN., ART. 68, AINDA CONSTITUCIONAL (CF. RE 135328): processo de inconstitucionalização das leis. 1. A alternativa radical da jurisdição constitucional ortodoxa entre a constitucionalidade plena e a declaração de inconstitucionalidade ou revogação por inconstitucionalidade da lei com fulminante eficácia *ex tunc* faz abstração da evidência de que a implementação de uma nova ordem constitucional não é um fato instantâneo, mas um processo, no qual a possibilidade de realização da norma da Constituição - ainda quando teoricamente não se cuide de preceito de eficácia limitada - subordina-se muitas vezes a alterações da realidade fáctica que a viabilizem. 2. No contexto da Constituição de 1988, a atribuição anteriormente dada ao Ministério Público pelo art. 68 C. Pr. Penal - constituindo modalidade de assistência judiciária - deve reputar-se transferida para a Defensoria Pública: essa, porém, para esse fim, só se pode considerar existente, onde e quando organizada, de direito e de fato, nos moldes do art. 134 da própria

pontificou que, embora não se trate de uma função prioritária, em caso de ausência de Defensor ou Advocacia Dativa, tal direito pode ser tutelado pelo *Parquet* a fim de evitar seu perecimento.

Numa tentativa de sistematizar a matéria, diante da omissão do legislador, já temos visto algumas posições, em grupos de discussão institucional, na internet, no sentido de que os direitos ditos difusos e coletivos deveriam ficar sob a tutela do M.P., ao passo que os direitos individuais homogêneos poderiam ser defendidos pela Defensoria Pública.

A idéia não é má, mas certamente carece de base legal. Nada impede, contudo, que em determinada comarca, o Defensor e o Promotor façam um acordo de cavalheiros ou, melhor, assinem ambos, em litisconsórcio, a inicial, o que reduziria bastante as chances da sua rejeição pela ausência dos tão invocados requisitos da indisponibilidade do direito invocado e da relevância social da questão.

Esta é uma medida que, sem dúvida, contribuirá, em muito, para a defesa dos direitos coletivos, gerando benefícios concretos à população.

Mas, como isto depende, acima de tudo, de uma certa dose de bom senso e boa vontade dos membros de ambas as instituições, e isto nem sempre ocorre, é preciso traçar, ainda que genericamente, um parâmetro para a legitimidade da Defensoria Pública.

Nesse sentido, e tendo em vista que, em geral, normas definidoras de direitos e garantias devem ser interpretadas de forma extensiva, estamos em que a Defensoria Pública, ao menos hoje, tem legitimidade para a tutela das três espécies de direitos (difusos, coletivos e individuais homogêneos).

Caberá ao Defensor, no caso concreto, aferir se aquela situação demanda a atuação da Defensoria Pública, levando em conta todas as circunstâncias que puder examinar, sobretudo as econômicas, sociais, culturais e jurídicas.

Em ato fundamentado, deverá, ou propor a ação, ou arquivar o material que tiver recebido, dando notícia à Chefia da Instituição, e remetendo os autos, de ofício, ao Ministério Público, legitimado prioritário das ações civis públicas.

Tendo em conta esses precedentes, somos de opinião que, ao menos por enquanto, cabe apenas ao Defensor Público aferir, no caso concreto, a presença ou não da hipossuficiência, dentro dos parâmetros de sua independência funcional.

Constituição e da lei complementar por ela ordenada: até que - na União ou em cada Estado considerado -, se implemente essa condição de viabilização da cogitada transferência constitucional de atribuições, o art. 68 C. Pr. Pen. será considerado ainda vigente: é o caso do Estado de São Paulo, como decidiu o plenário no RE 135328. RE N. 147.776-SP. RELATOR : MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE *(Fonte: Informativo nº115 do Supremo Tribunal Federal, disponível na Internet no seguinte endereço: http://www.stf.gov.br).*

A fim de evitar um posicionamento judicial restritivo, o Membro do Ministério Público, ao ser intimado da propositura da demanda (art. 5º, § 1º da Lei nº 7.347/85), poderá peticionar no sentido de ser admitido como litisconsorte (art. 94 da Lei nº 8.078/90 c/c art. 46, inciso I do C.P.C.).

Certamente muitas questões ainda surgirão a partir da ausência de normas específicas em matéria tão complexa.

De toda sorte, é de todo conveniente que as Associações de Defensores Públicos se organizem no sentido de viabilizar Projeto de Lei junto ao Congresso Nacional para criar um capítulo próprio para a matéria na Lei Orgânica Nacional (Lei Complementar nº 80/94), devendo haver ainda norma expressa no sentido de que tais disposições se aplicarão às Defensorias Estaduais.

Ademais, é preciso um movimento a fim de sensibilizar as Chefias dos Executivos Estaduais e Federal quanto aos investimentos indispensáveis na ampliação dos quadros, abertura de concurso para pessoal administrativo, e aparelhamento técnico, material e estrutural das Defensorias Públicas.

Não custa lembrar que, não por acaso, a prestação de uma assistência jurídica gratuita de qualidade é a primeira das "Ondas Renovatórias" propostas por Mauro Cappelletti[36] na sua já imortalizada obra "Acesso à Justiça", e é um dos pilares que garantem a efetividade da prestação jurisdicional.

[36] CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant (tradução de Ellen Gracie Northfleet). *Acesso à Justiça*, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988.

III. CONSTRUINDO O CÓDIGO BRASILEIRO DE PROCESSOS COLETIVOS: O ANTEPROJETO ELABORADO NO ÂMBITO DOS PROGRAMAS DE PÓS-GRADUAÇÃO DA UERJ E DA UNESA

Aluisio Gonçalves de Castro Mendes[1]

Em termos legislativos, a história recente dos processos coletivos no Brasil encontra-se indissoluvelmente marcada por três diplomas: a Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347), de 1985; a Constituição da República de 1988; e o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078), de 1990. Ao longo dos últimos vinte anos, pode-se dizer que houve não apenas o florescimento de um conjunto de normas pertinentes, mas também o desabrochar de substanciosa doutrina relacionada com as ações coletivas e a ocupação de um espaço crescente por parte da preocupação de docentes e discentes no meio acadêmico, consubstanciando o surgimento de uma nova disciplina: o Direito Processual Coletivo.

A experiência brasileira em torno das ações coletivas, englobando a ação popular, desde 1934, é rica e vem servindo de inspiração até mesmo para outros países. Nesse sentido, forçosa é a menção ao Código Modelo de Processos Coletivos, editado pelo Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, no ano de 2004, que foi elaborado com a participação de quatro professores brasileiros: Ada Pellegrini Grinover, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, Antonio Gidi e Kazuo Watanabe.

Os processos coletivos passaram a servir de instrumento principalmente para os denominados novos direitos, como o do meio ambiente e dos consumidores, desdobrando-se, ainda, em estatutos legislativos específicos, como a Lei n. 7.853, dispondo sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência; a Lei n. 7.913, para proteção dos investidores em valores mobiliários; a Lei n. 8.069, para a defesa das crianças e dos adolescentes; a Lei n. 8.429, contra a improbidade administrativa; a Lei n. 8.884, contra as infrações da ordem econômica e da economia popular e a Lei n. 10.741, dispondo sobre o Estatuto do Idoso, prevendo expressamente a defesa coletiva dos respectivos interesses e direitos. Entretanto, o caminho legislativo percorrido não foi apenas de avanços. Em determinados momentos, a tutela jurisdicional coletiva sofreu reveses, ressaltando-se as restrições impostas ao

[1] Professor Doutor da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e do Programa de Mestrado da Universidade Estácio de Sá (UNESA). Juiz Federal. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade de Brasília (UnB). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestre em Direito pela Johann Wolfgang Goethe-Universität (JWG, Alemanha). Doutor em Direito pela UFPR e JWG. Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Regensburg (Alemanha). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual, da Associação Teuto-Brasileira de Juristas, do Instituto Ibero-americano de Direito Processual e da Associação Internacional de Direito Processual. Membro da Comissão de Elaboração do Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América. Autor do livro *Ações coletivas no direito comparado e nacional.*

objeto das ações coletivas, pela Medida Provisória n. 2.180-35, e a tentativa de confinamento dos efeitos do julgado coletivo nos limites da competência territorial do órgão prolator da sentença, ditado pela Lei n. 9.494.

Os resultados colhidos do dia-a-dia forense e dos debates acadêmicos demonstram que as soluções oferecidas pelos processos coletivos podem e devem ser aperfeiçoados. Os princípios e normas gerais pertinentes aos processos coletivos precisam ser reunidos em um estatuto codificado, dando tratamento sistemático e atual para a tutela coletiva, bem como preenchendo as lacunas existentes e dando respostas às dúvidas e controvérsias que grassam no meio jurídico. A elaboração recente do Código Modelo para Processos Coletivos, no âmbito dos países ibero-americanos, reavivou e consolidou a vontade de se repensar a legislação brasileira em torno das ações coletivas. Nesse sentido, foi elaborado, sob a coordenação da Professora Ada Pellegrini Grinover, na esfera da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), um primeiro Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, oferecido à discussão e sendo nesse sentido enviado aos membros do Instituto Brasileiro de Direito Processual.

Os programas de Mestrado em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e da Universidade Estácio de Sá (UNESA) foram, ao lado da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) e da Universidade de São Paulo (USP), pioneiros na introdução de disciplinas voltadas para o estudo dos processos coletivos, respectivamente denominadas de Direito Processual Coletivo e Tutela dos Interesses Coletivos. Procurando honrar a tradição de eminentes processualistas do Estado do Rio de Janeiro, como Machado Guimarães, José Carlos Barbosa Moreira, Luiz Fux, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, Sérgio Bermudes, Leonardo Greco e Carreira Alvim, a discussão em torno do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos desenvolveu-se, paralela e concomitantemente, ao longo de todo o primeiro semestre letivo de 2005, dando prosseguimento aos debates realizados no ano de 2004, em torno do Código Modelo de Processos Coletivos e de reflexões comparativas, que procuravam, em especial, apontar para uma maior efetividade do processo coletivo, com o seu fortalecimento e consecução dos seus escopos de acesso à Justiça, de economia processual e judicial, de celeridade na prestação jurisdicional, de preservação do princípio da isonomia em relação ao direito material e do equilíbrio entre as partes na relação processual.

Por felicidade, o grupo reunido, sob a coordenação do Professor e Juiz Federal Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, docente das supramencionadas disciplinas, contou com a participação de pessoas com larga experiência em termos de atuação junto a processos coletivos e uma ampla diversidade e pluralidade, em termos de origem e experiência profissional, o que enriqueceu os debates e permitiu que as questões fossem vistas de modo multifacetário. Elaboraram propostas e

participaram das discussões os seguintes integrantes dos programas de pós-graduação *stricto sensu* da UERJ e da UNESA: Adriana Silva de Britto (Defensora Pública), Cláudia Abreu Lima Pisco (Juíza do Trabalho), Diogo Medina Maia (Advogado), Guadalupe Louro Turos Couto (Procuradora do Trabalho), Luiz Norton Baptista de Mattos (Juiz Federal), Márcio Barra Lima (Procurador da República), Maria Carmen Cavalcanti de Almeida (Promotora de Justiça), Mariana Romeiro de Albuquerque Mello (Advogada), Marília de Castro Neves Vieira (Procuradora de Justiça), Paula Maria de Castro Barbosa (Advogada e Pesquisadora), Ana Paula Correia Hollanda (Promotora de Justiça), Andrea Cruz Salles (Advogada), Caio Márcio G. Taranto (Juiz Federal), Carlos Roberto de Castro Jatahy (Procurador de Justiça), Heloisa Maria Daltro Leite (Procuradora de Justiça), José Antônio Fernandes Souto (Promotor de Justiça), José Antônio Ocampo Bernárdez (Promotor de Justiça), Larissa Ellwanger Fleury Ryff (Promotora de Justiça), Marcelo Daltro Leite (Procurador de Justiça), Miriam Tayah Chor (Promotora de Justiça), Mônica dos Santos Ferreira (Advogada) e Vanice Lírio do Valle (Procuradora do Município).

A idéia inicial, voltada para a apresentação de sugestões e propostas para a melhoria do anteprojeto formulado em São Paulo, acabou evoluindo para uma reestruturação mais ampla do texto original, com o intuito de se oferecer uma proposta coerente, clara e comprometida com o fortalecimento dos processos coletivos, culminando com a elaboração de um novo Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, que ora é trazido à lume e oferecido ao Instituto Brasileiro de Direito Processual, aos meios acadêmicos, aos estudiosos e operadores do Direito e à sociedade, como proposta para ser cotejada e discutida.

O Anteprojeto formulado no Rio de Janeiro encontra-se estruturado em cinco partes: I – Das ações coletivas em geral; II – Das ações coletivas para a defesa dos direitos ou interesses individuais homogêneos; III – Da ação coletiva passiva; IV – Dos procedimentos especiais; V – Disposições finais.

Na primeira parte, o Capítulo I contém dois artigos introdutórios, que estatuem a admissibilidade de todas as espécies de ações para a consecução da tutela jurisdicional coletiva, bem como o seu objeto, mediante a tradicional divisão ternária dos interesses e direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos, além de afastar a possibilidade de pedido de declaração de inconstitucionalidade, salvo como questão prejudicial, na via do controle difuso.

O Capítulo II, que trata dos pressupostos processuais e das condições da ação coletiva, possui três Seções. Na primeira – Do órgão judiciário, encontram-se disciplinados a competência territorial, a prioridade de processamento para os processos coletivos, a especialização de juízos para o processamento e julgamento de processos coletivos e a conexão, ficando prevento o juízo perante o qual foi

distribuída a primeira demanda coletiva, para os demais processos conexos, ainda quando diversos os sujeitos processuais. A segunda Seção regula a litispendência, deixando expressa a sua existência quando houver o mesmo pedido, causa de pedir e interessados, e a continência, dando a este último instituto um tratamento inovador e consentâneo com a sua natureza. A terceira Seção do Capítulo II dispõe sobre as condições específicas da ação coletiva, estabelecendo, como requisitos, a representatividade adequada e a relevância social da tutela coletiva, bem como o rol dos legitimados ativos, que, consentâneo com a perspectiva de ampliação do acesso à Justiça, do fortalecimento dos instrumentos coletivos de prestação jurisdicional e com as diretrizes do Código Modelo de Processos Coletivos, passa por um alargamento substancial, na qual figuram a pessoa natural, para a defesa dos direitos ou interesses difusos; o membro do grupo, categoria ou classe, para a proteção dos direitos ou interesses coletivos e individuais homogêneos; o Ministério Público, para a defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos de interesse social; a Defensoria Pública, quando os interessados forem predominantemente hipossuficiente; as pessoas jurídicas de direito público interno; as entidades e órgãos da Administração Pública; as entidades sindicais, para a defesa da categoria; os partidos políticos e as associações legalmente constituídas.

O Capítulo III cuida da comunicação sobre processos repetitivos, do inquérito civil e do compromisso de ajustamento de conduta.

O Capítulo IV – Da postulação, estabelece regramento em termos de custas e honorários, da instrução da petição inicial, do pedido, dos efeitos da citação e da audiência preliminar, além de prever a possibilidade do juiz ouvir a parte contrária, com prazo de 72 (setenta e duas) horas, antes de conceder liminar ou tutela antecipada, quando entender conveniente e não houver prejuízo para a efetividade da medida.

Em seguida, o Capítulo V prevê a denominada carga dinâmica da prova, com a incumbência do ônus da prova recaindo sobre a parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos ou maior facilidade em sua demonstração.

O Capítulo VI, cuidando do julgamento, do recurso e da coisa julgada, inova ao unificar o sistema de coisa julgada para os direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, ou seja, em todas as hipóteses haverá a coisa julgada *erga omnes*, salvo se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas. Por conseguinte, a sentença proferida, em processo coletivo, em torno dos direitos individuais homogêneos é fortalecida, pois será vinculativa também quando houver julgamento de improcedência do pedido fora das hipóteses de insuficiência de provas. O texto proposto estabelece, ainda, expressamente, que a competência

territorial do órgão julgador não representará limitação para a coisa julgada *erga omnes*.

O Capítulo VII trata das obrigações específicas de fazer, não fazer e de dar, bem como da reparação de danos provocados ao bem indivisivelmente considerado.

No Capítulo VIII, são reguladas a liquidação e a execução em geral. Por fim, o Capítulo IX da Parte I cria o Cadastro Nacional de Processos Coletivos, sob a incumbência do Conselho Nacional de Justiça, com a finalidade de permitir que todos os órgãos do Poder Judiciário e todos os interessados tenham conhecimento da existência das ações coletivas, e edita norma geral pertinente ao Fundo dos Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos, que será administrado por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais.

A Parte II, destinada às ações coletivas para a defesa dos direitos ou interesses individuais homogêneos, talvez seja a mais inovadora no Anteprojeto formulado no Rio de Janeiro. As modificações procuraram atentar para uma realidade de certo modo perversa que vem se mantendo ao longo dos últimos vinte anos: as ações coletivas não estavam obtendo pleno sucesso no sentido de serem, de fato, as grandes catalisadoras desses anseios e de serem realmente o instrumento efetivo e útil para a solução dos problemas individuais decorrentes de origem comum. Não lograram, assim, ser um modo capaz de resolver o conflito de muitos mediante um único processo coletivo. Por conseguinte, o Poder Judiciário continuou e continua a receber centenas, milhares e milhões de demandas individuais, que poderiam encontrar solução muito mais econômica mediante um processo coletivo, levando a um crescente esgotamento por parte dos órgãos judiciais, que se vêem envolvidos com um número enorme e comprometedor, em termos de qualidade e celeridade dos serviços prestados. Os exemplos são inúmeros: expurgos nas cadernetas de poupança e no Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), reajuste de benefícios previdenciários, de vencimentos e de salários, questões tributárias nas esferas municipais, estaduais e federal etc. O motivo pode ser facilmente percebido: o sistema vigente banaliza os processos coletivos, ao permitir o surgimento e tramitação concomitantes destes com os processos individuais, que podem ser instaurados até mesmo quando já existe decisão coletiva transitada em julgado, ensejando insegurança e certa perplexidade diante da possibilidade da lide estar sendo apreciada, ao mesmo tempo, no âmbito coletivo e individual. Propõe-se, assim, uma remodelagem no sistema, a partir do fortalecimento e da priorização do processo coletivo, sem que haja, contudo, prejuízo para o acesso individual. O ajuizamento ou prosseguimento de ação individual versando sobre direito ou interesse, que esteja sendo objeto de ação coletiva, pressupõe a exclusão tempestiva e regular do processo coletivo. Para tanto, se prevê a comunicação dos interessados, que poderá ser feita pelo correio, por oficial de justiça, por edital ou por inserção em outro meio de comunicação ou informação, como contracheque, conta, fatura, extrato bancário etc. O ajuizamento da ação coletiva ensejará a

suspensão, por trinta dias, dos processos individuais que versem sobre direito ou interesse que esteja sendo objeto no processo coletivo. Dentro do prazo de suspensão, os autores individuais poderão requerer a continuação do respectivo processo individual, sob pena de extinção sem o julgamento do mérito. Os interessados que, quando da comunicação, não possuírem ação individual ajuizada e não desejarem ser alcançados pelos efeitos das decisões proferidas na ação coletiva poderão optar entre o requerimento de exclusão ou o ajuizamento de ação individual no prazo assinalado, hipótese que equivalerá à manifestação expressa de exclusão.

Como requisito específico para a ação coletiva para a defesa dos direitos ou interesses individuais homogêneos, estabelece o Anteprojeto a necessidade de aferição da predominância das questões comuns sobre as individuais e a utilidade da tutela coletiva no caso concreto.

O Anteprojeto procura afastar, ainda, os riscos de indeferimento indevido ou de retardamento do andamento do processo em razão da falta inicial de determinação dos interessados, que poderá ocorrer no momento da liquidação ou execução do julgado.

Os artigos 30 a 40 regulam detalhadamente os processos coletivos para a defesa dos direitos e interesses individuais homogêneos, com regras pertinentes à citação e notificações, à relação entre ação coletiva e ações individuais, à possibilidade de intervenção dos interessados mediante a assistência e aos efeitos da transação.

Em relação à sentença condenatória, o Anteprojeto estabelece que, sempre que for possível, o juiz fixará na sentença do processo coletivo o valor da indenização individual devida a cada membro do grupo, categoria ou classe, procurando, assim, dar maior efetividade e celeridade para a satisfação plena, procurando romper com a sistemática da condenação genérica no processo coletivo e as subseqüentes liquidações e execuções individuais, que acabam sendo complexas e demoradas, não sendo sequer realizadas por uma boa parte dos interessados em potencial, devendo, assim, ser deixada para um segundo plano, ou seja, apenas quando for impossível a prolação de sentença líquida.

Em termos de competência para a liquidação e execução, o texto proposto estabelece prioridade também para as liquidações e execuções coletivas, que serão processadas perante o juízo da sentença condenatória. Mas, quando houver liquidações ou execuções individuais, o foro competente será o do domicílio do demandante individual ou do demandado, pois a concentração de milhares ou milhões de liquidações e/ou execuções individuais no juízo da ação coletiva condenatória propiciaria a inviabilização do órgão judicial especializado ou prevento para as demandas coletivas.

O Anteprojeto deixa claro, também, que, quando a execução for coletiva, os valores destinados ao pagamento das indenizações individuais serão depositados em instituição bancária oficial, abrindo-se conta remunerada e individualizada para cada beneficiário. Previu, ainda, regras subsidiárias pertinentes às liquidações e execuções individuais e ao concurso de créditos entre condenações pelos prejuízos coletiva e individualmente considerados.

A Parte III foi destinada à ação coletiva passiva, que passaria a ser mencionada expressamente na nova legislação. A redação prevista no Anteprojeto inicialmente formulado na USP estabelecia expressamente, em termos de direitos e interesses individuais homogêneos, que "a coisa julgada atuará *erga omnes* no plano coletivo, mas a sentença de procedência não vinculará os membros do grupo, categoria ou classe, que poderão mover ações próprias ou defender-se no processo de execução para afastar a eficácia da decisão na sua esfera jurídica individual". Da simples leitura, pode-se constatar a inocuidade da norma, impondo-se indagar: quem iria propor uma demanda coletiva passiva, sabendo, de antemão, que o melhor resultado possível, ou seja, o julgamento de procedência do pedido, praticamente nenhum valor teria, pois a ninguém vincularia? Portanto, o demandante estaria fadado a perder ou a não ganhar nada, podendo-se antever, desde já, que a nova regulação estaria por soterrar a malfadada ação coletiva passiva, tal qual nos moldes propostos. O texto proposto no Anteprojeto ora apresentado corrige o problema, estabelecendo simplesmente a vinculação dos membros do grupo, categoria ou classe.

A Parte IV, destinada aos procedimentos especiais em termos de tutela coletiva, encontra-se subdividida em quatro capítulos: Do mandado de segurança coletivo; Do mandado de injunção coletivo; Da ação popular; e Da ação de improbidade administrativa. Cogita-se, ainda, da elaboração de um quinto capítulo, para a regulação dos dissídios coletivos. Procurou-se respeitar, nessa parte, as normas vigentes, salvo em relação ao mandado de injunção coletivo, diante da lacuna legal existente. Registre-se, na espécie, que a redação originária do anteprojeto formulado em São Paulo, corretamente, procurava dispor o instituto nos moldes pugnados pela doutrina, para dar à sentença concessiva do mandado a formulação, com base na equidade, de norma regulamentadora para o caso concreto. A nova redação, agora apresentada, mantém a orientação, sem descuidar, no entanto, do aspecto pertinente ao controle e regularização da omissão existente, estabelecendo, para tanto, o litisconsórcio obrigatório entre a autoridade ou órgão público competente para a edição da norma regulamentadora e a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, que impossibilite o exercício do direito no caso concreto, e, na sentença, a comunicação da caracterização da mora legislativa constitucionalmente qualificada ao Poder competente, para que possa ser suprida, conciliando, assim, a consagrada jurisprudência conferida pelo Supremo Tribunal Federal com a pretendida efetividade do mandado de injunção coletivo para a regulação do caso concreto.

Por último, a Parte V, que cuida das disposições finais, dispõe sobre os princípios de interpretação, a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil às ações coletivas, a instalação de órgãos especializados para o processamento e julgamento de demandas coletivas, no âmbito da União e dos Estados, e a vigência do Código Brasileiro de Processos Coletivos, dentro de um ano a contar da publicação da lei. O Anteprojeto procura, ainda, corrigir e adaptar algumas normas vigentes em outros estatutos legais, bem como revogar expressamente os dispositivos incompatíveis com o novo texto.

Na esperança que o presente Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos possa representar uma efetiva contribuição para o aprimoramento do acesso à Justiça, para a melhoria na prestação jurisdicional e para a efetividade do processo, leva-se à lume a proposta formulada, submetendo-a aos estudiosos do assunto, aos profissionais do Direito e a toda a sociedade, para que possa ser amplamente analisada e debatida.

IV. *LA PROTECCIÓN DE DATOS EN EL ÁMBITO ESPAÑOL Y EL PANORAMA JURÍDICO BRASILEÑO*

Sabrina Morais[1]

1. Introducción. 2. Normativa aplicable 3. Creación y Gestión de ficheros de titularidad privada 4. El panorama jurídico brasileño y el movimiento internacional de datos 5. Conclusiones.

1. Introducción

El objetivo del artículo que ahora se presenta es bosquejar una visión de conjunto de la normativa española actual acerca de la protección de datos, haciendo hincapié en las cuestiones relacionadas con la creación y gestión de ficheros de titularidad privada, la protección de datos privados por los responsables del fichero o encargados de su tratamiento, estableciendo algunas relaciones con la realidad brasileña acerca del tema en lo concerniente al movimiento internacional de datos.

El estudio se fundamenta en la creciente relevancia del tema en la sociedad contemporánea, a consecuencia del aumento significativo de las actividades informáticas y de la mayor preocupación de la conservación y tratamiento de datos personales y sus reflejos en el derecho a la privacidad.

2. Normativa Aplicable

El derecho fundamental a la protección de datos personales en España deriva de la Carta Constitucional Española que, en el marco de una sociedad abierta y democrática resguarda a la totalidad de la sociedad española la facultad de controlar sus datos y ejercer un poder de disposición y decisión sobre los mismos. Así, al reconocer el derecho a la dignidad de la persona y el derecho a la limitación del uso de la informática como modo de garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos, la Constitución Española en sus artículos 10 y 18.1 y 4, respectivamente, resguarda el derecho fundamental a la protección de los datos personales.

Artículo 10.

1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.

[1] Sabrina Morais. Doctora en Derecho por la Pontifica Universidad Católica de São Paulo y Universidad Complutense de Madrid. Especialista en Derecho Español por la Universidad de Alcalá de Henares. Estudiante del Master en Asesoría Jurídica Empresarial por el Centro de Estudios Financieros de Madrid. Abogada vinculada al despacho SCA Legal Abogados y Consultores, en Madrid. Contacto: sabrina.morais@sca-legal.com

2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

Artículo 18.

1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

……..

4. La Ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.[2]

A través de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, en lo sucesivo LOPD, se resguarda el derecho fundamental a la protección de datos en España, siendo la Agencia Española de Protección de Datos el órgano público encargado de tal tarea.

La Agencia española de protección de datos, con su Estatuto aprobado por el Real Decreto 428/1993, tiene por objetivos generales velar por el respeto a la legislación sobre protección de datos y controlar su aplicación, en especial en lo relativo a los derechos de información, acceso, rectificación, oposición y cancelación de los mismos.[3]

El derecho fundamental a la protección de datos también esta resguardado por un conjunto de Leyes, Resoluciones y Decisiones judiciales que en su esencia crean mecanismos de protección, reglamentan actuaciones y establecen procedimientos en caso de ofensa a tal derecho. Deben pues, ser interpretados según los preceptos del derecho internacional de la protección de datos, la Constitución española y la Ley 15/1999.[4] Entretanto, después de casi

---

[2] Constitución Española de 1978. Acceso en 31.10.2007. Disponible en: http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/constitucion.t1.html Importante resaltar que los derechos constantes en la Sección Primera del Capitulo II de la Constitución, en especial el art. 18, poseen un complejo sistema de garantías que comprende la protección mediante un procedimiento preferente y sumario ante los tribunales ordinarios y mediante el recurso de amparo ante al Tribunal Constitucional (art. 53.2 CE), comparable al "*Mandado de Segurança*" brasileño.

[3] Asimismo, la Agencia Española de protección de datos promueve campañas de difusión de la legislación, informando a los afectados de sus derechos y recibiendo sus peticiones de reclamación. Tiene competencias para emitir autorizaciones para transferencias de datos, requerir medidas de corrección, ejercer la potestad sancionadora y recabar ayuda e información que precise para la buena tutela del derecho de protección de datos personales, dictando Instrucciones y recomendaciones de adecuación de los tratamientos a la LOPD. En materia de telecomunicaciones, la Agencia española de protección de datos tutela los derechos y garantías de los abonados y usuarios en el ámbito de las comunicaciones electrónicas, incluyendo el envío de comunicaciones comerciales no solicitadas realizadas a través de correo electrónico o medios de comunicación electrónica equivalente. Del mismo modo, vela por la publicidad de los tratamientos y desarrolla cooperación internacional en materia de la protección de datos personales. Disponible en: https://www.agpd.es Acceso en 31.10.2007.

[4] Son diversas las referencias acerca de la legislación y decisiones judiciales acerca del tema: Constitución Española de 1978, Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, Sentencia 290/2000, de 30 de noviembre de 2000, del Tribunal Constitucional. Recursos de inconstitucionalidad contra diversos artículos de la Ley Orgánica 5-1992, Sentencia 292/2000, de 30 de noviembre de 2000, del Tribunal Constitucional. Recurso de inconstitucionalidad respecto de los artículos 21-1 y 24-1 y 2 de la Ley Orgánica 15-1999, Real Decreto 428/1993, de 26 de marzo,

ocho años de publicación de la LOPD, sus disposiciones todavía siguen pendientes de reglamentación, de modo que la Agencia Española de Protección de datos orienta a la aplicación e interpretación de la LOPD según el amplio resguardo de los derechos en ella reconocidos y bajo los preceptos de la Constitución Española, que en el marco de la protección del derecho fundamental a la intimidad resguarda su efectividad.

Del mismo modo, en el Tratado por el cual se establece la Constitución Europea se reconoce el derecho fundamental a la protección de datos, donde todos los países miembros de la Unión Europea deben desarrollar mecanismos para resguardar y proteger tal derecho, contando con una autoridad independiente que lo tutele. Tal derecho se recoge de la parte I, título VI, referente a la vida democrática de la Unión, en el artículo I-51, referente a la protección de datos de carácter personal, donde "toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan" y en la parte II, concerniente a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión, en su título II, que hace referencia a las libertades y en el artículo II-68 que añade que los datos de carácter personal "se tratarán de un modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de

---

por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia Española de Protección de Datos, Real Decreto 156/1996, de 2 de febrero, por el que se modifica el Estatuto de la Agencia Española de Protección de Datos, Real Decreto 1332/94, de 20 de junio, por el que se desarrollan algunos preceptos de la Ley Orgánica, Real Decreto 994/1999, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Medidas de Seguridad de los ficheros automatizados que contengan datos de carácter personal, Real Decreto 195/2000, de 11 de febrero, por el que se establece el plazo para implantar las medidas de seguridad de los ficheros automatizados., Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, Resolución de 22 de junio de 2001, de la Subsecretaría de Justicia, que concreta el plazo para la implantación de medidas de seguridad de nivel alto, Resolución de 30 de mayo de 2000, de la APD, por la que se aprueban los modelos normalizados en soporte papel, magnético y telemático, para la inscripción de los ficheros, Resolución de 12 de julio de 2006, de la Agencia Española de Protección de Datos, por la que se crea el Registro Telemático de la Agencia Española de Protección de Datos, Resolución de 12 de julio de 2006, de la Agencia Española de Protección de Datos, por la que se aprueban los formularios electrónicos a través de los que deberán efectuarse las solicitudes de inscripción de ficheros en el Registro General de Protección de Datos, así como los formatos y requerimientos a los que deben ajustarse las notificaciones remitidas en soporte informático o telemático, Resolución de 8 de septiembre de 2006, de la Agencia Española de Protección de Datos, por la que se corrigen errores en las Resoluciones de 12 de julio de 2006, por las que se crea el Registro Telemático y se aprueban los formularios electrónicos para inscribir los ficheros en el Registro General de Protección de Datos, Resolución de 1 de septiembre de 2006, de la Agencia Española de Protección de Datos, por la que se determina la información que contiene el Catálogo de ficheros inscritos en el Registro General de Protección de Datos, Instrucción 1/1995 de 1 de marzo de la APD relativa a prestación de servicios de información sobre solvencia patrimonial y crédito.

Instrucción 2/1995, de 4 de mayo, de la APD, sobre garantía de los datos personales recabados en la contratación de seguro de vida de forma conjunta con un préstamo hipotecario o personal, Instrucción 1/1996, de 1 de marzo, de la APD, sobre ficheros automatizados establecidos con la finalidad de controlar el acceso a los edificios, Instrucción 2/1996, de 1 de marzo, de la APD, sobre ficheros automatizados establecidos con la finalidad de controlar el acceso a los casinos y salas de bingo, Instrucción 1/1998, de 19 de enero, de la APD, relativa al ejercicio de los derechos de acceso rectificación y cancelación de datos, Instrucción 1/2000, de 1 de diciembre, de la APD, relativa a las normas por las que se rigen los movimientos internacionales de datos, Sentencia de la Audiencia Nacional , de 15 de marzo de 2002, en relación con la Instrucción Número 1/2000, de 1 de diciembre, Instrucción 1/2004, de 22 de diciembre, de la Agencia Española de Protección de Datos sobre publicación de sus Resoluciones, Instrucción 1/2006, de 12 de diciembre, de la Agencia Española de Protección de Datos sobre el tratamiento de datos personales con fines de vigilancia a través de sistemas de cámaras o videocámaras. De la legislación autonómica aplicable al tema se puede hacer referencia a la Ley 8/2001 (CAM), de 13 de julio, de Protección de Datos de Carácter Personal en la Comunidad de Madrid, Ley 5/2002 (Comunidad Autónoma de Cataluña), de 19 de abril, de la Agencia Catalana de Protección de Datos, Ley 2/2004, de 25 de febrero, de Ficheros de Datos de Carácter Personal de Titularidad Pública y de Creación de la Agencia Vasca de Protección de Datos.

otro fundamento legítimo previsto por la ley, y que "toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que la conciernan y a obtener su rectificación".

Así, los países miembros de la Unión Europea a través de las Directivas, Reglamentos, Convenios y Decisiones de las Comisiones están obligados a fomentar a través de su legislación interna la protección del derecho fundamental a la protección de los datos personales, creando una autoridad independiente que controle y garantice tal derecho. [5]

En este sentido, la manutención de los datos y su tratamiento debe orientarse según el principio de la lealtad y licitud, de modo que se respete el consentimiento del interesado o que exista normativa reglamentando los límites de esta utilización cuando es realizada sin su consentimiento.

Asimismo, el interesado del que se recaben los datos debe ser informado al tiempo de su recogida de la identidad del responsable del tratamiento, los fines para que los datos vayan a ser tratados y sus derechos, resguardándose la transparencia del procedimiento.

El tratamiento de los datos debe estar orientado según medidas de seguridad y confidencialidad, estableciendo limitaciones a las transferencias internacionales de datos a países que no ofrezcan garantías adecuadas, salvo que cuenten con autorización de las autoridades competentes. Estas autoridades, léase la Agencia Española de Protección de Datos, deben realizar el control del tratamiento de los datos personales, de modo a garantizar la efectividad de la normativa vigente, actuando con plena independencia e imparcialidad y estableciendo un régimen sancionador en casos de incumplimiento de la legislación.

3. Creación y Gestión de ficheros de titularidad privada

La Ley 15/1999 establece las directrices y principios básicos de protección de datos que, orientados en los acuerdos y directrices internacionales adoptados en este ámbito, deben orientar la actuación del sector público y privado en el Estado Español.

---

[5] Entre las Directivas Comunitarias relacionadas con el tema se puede hacer referencia: Directiva 2006/24/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de marzo de 2006, sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones y por la que se modifica la Directiva 2002/58/CE; Directiva 2004/82/CE, del Consejo de 29 de abril de 2004, sobre la obligación de los transportistas de comunicar los datos de las personas transportadas; Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre privacidad y las comunicaciones electrónicas); Directiva 2002/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva servicio universal); Directiva 2002/21/CE, del parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004, sobre la obligación de los transportistas de comunicar los datos de las personas transportadas; Directiva 2002/20/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva de autorización); Directiva 2002/19/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión (Directiva de acceso); Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico) y, por último, Directiva 1999/93/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 1999, por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica.

El objeto de la Ley está regulado en sus artículos 1 y 2.1, que expresamente establecen:

> "*Artículo 1. Objeto:*
> *La presente Ley Orgánica tiene por objeto garantizar y proteger, en lo que concierne al tratamiento de los datos personales, las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas, y especialmente de su honor e intimidad personal y familiar.*
> *Artículo 2. Ámbito de aplicación:*
> *La presente Ley Orgánica será de aplicación a los datos de carácter personal registrados en soporte físico que los haga susceptibles de tratamiento, y a toda modalidad de uso posterior de estos datos por los sectores público y privado."*

Por ello, según informe emitido por la Agencia Española de Protección de Datos, no le es de aplicación a la Ley Orgánica 15/1999 los datos de personas jurídicas[6] y los datos de las personas fallecidas, aplicándole los datos de las personas físicas y de los empresarios individuales; la grabación de datos de voz e imágenes, siempre que se pueda identificar a las personas que aparecen en las mismas y se hallen incorporadas a ficheros informáticos y los ficheros de empresas que tengan una relación de personas físicas de contacto, como Administradores, Gerentes, Directores Generales, Comerciales, etc.

Así pues, en los términos del artículo 25 de la LOPD sólo podrán crearse ficheros de titularidad privada mediante previa notificación a la Agencia Española de Protección de Datos, cuando resulte necesario para el logro de la actividad u objeto legítimos de la persona, empresa o entidad titular y se respeten las garantías que esta Ley establece para la protección de los referidos datos personales.

No obstante, la Agencia Española de Protección de Datos evaluará la posibilidad de inscripción o no del fichero previa información acerca de la titularidad del mismo, su finalidad, ubicación, el tipo de datos de carácter personal que contiene, las medidas de seguridad, con indicación del nivel básico, medio o alto exigible y las cesiones de datos de carácter personal que se prevean realizar y, en su caso, las transferencias de datos que se prevean a países terceros.

El responsable del fichero debe comunicar a la Agencia Española de Protección de Datos los cambios que se produzcan en la finalidad del fichero automatizado, en su responsable y en la dirección de su ubicación, así como la cesión de datos, indicando quien son los afectados, la finalidad del fichero, la naturaleza de los datos que han sido cedidos y el nombre y dirección del cesionario, salvo en los supuestos previstos en los apartados 2, letras c, d, e y 6 del artículo 11, ni cuando la cesión venga impuesta por ley.

Las letras c, d, e y el apartado 6 del artículo 11 de la LOPD hacen referencia al tratamiento de datos que responda a la libre y legítima aceptación de una relación jurídica cuyo desarrollo, cumplimiento y control implique necesariamente la conexión de dicho

---

[6] Disponible en: https://www.agpd.es/upload/Canal_Documentacion/Informes%20Juridicos/Ambito%20de%20Aplicacion/A%20%282001-0000%29%20%28%E1mbito%20subjetivo%20de%20la%20aplicaci%F3n%20de%20la%20LOPD%29.pdf

tratamiento con ficheros de terceros; cuando la comunicación que deba efectuarse tenga por destinatario a instituciones autonómicas análogas al Defensor del Pueblo o al Tribunal de Cuentas o cuando sea destinatario el Defensor del pueblo, el Ministerio Fiscal o los Jueces o Tribunales o el Tribunal de Cuentas, en el ejercicio de las funciones que tiene atribuidas. Del mismo modo, cuando la cesión se produzca entre Administraciones públicas y tenga por objeto el tratamiento posterior de los datos con fines históricos, estadísticos o científicos.

La LOPD entre los artículos 28 y 32 hace referencia a la gestión de los distintos ficheros de datos, determinando modos distintos según la naturaleza del fichero y los objetivos del mismo, como por ejemplo los ficheros creados por empresa dedicada a la prestación de servicios de información sobre solvencia patrimonial y crédito, fines de publicidad y de prospección comercial o a la actividad de recopilación de direcciones, reparto de documentos, publicidad, venta a distancia, prospección comercial u otras actividades análogas.

Así, autoriza, bajo previa evaluación de la Agencia Española de Protección de Datos a la creación de códigos deontológicos que establezcan las condiciones de organización, régimen de funcionamiento, procedimientos aplicables, normas de seguridad del entorno, programas o equipos, obligaciones de los implicados en el tratamiento y uso de la información personal, así como las garantías, en su ámbito, para el ejercicio de los derechos de las personas con pleno respeto a los principios y disposiciones de la presente Ley y sus normas de desarrollo, a través de acuerdos sectoriales, convenios administrativos o decisiones de empresa orientadas según los principios de la LOPD.

En los artículos 4 al 12 de la LOPD se regulan los principios de la protección de los datos, estableciendo que el responsable del fichero y en su caso el encargado del tratamiento deberán, considerando la naturaleza de los datos y la tecnología disponible adoptar las medidas de índole técnica y organizativas necesarias que garanticen la seguridad de los datos de carácter personal y eviten su alteración, pérdida, tratamiento o acceso no autorizado, ya provengan de la acción humana o del medio físico o natural.

La LOPD en su disposición transitoria tercera mantiene la vigencia de las normas reglamentarias preexistentes, entre las que se cita el Reglamento de Medidas de Seguridad, en cuanto no se oponga a la Ley. Así pues, como el Reglamento de la LOPD todavía no ha sido publicado, las medidas de índole técnica y organizativas necesarias a la garantía de la seguridad de los datos de carácter personal se encuentran desarrolladas en el Reglamento de Medidas de Seguridad, aprobado por Real Decreto 994/1999, de 11 de junio, todavía vigente.

Desde la entrada en vigor de la LOPD, tal Reglamento resulta aplicable a los ficheros en soporte no automatizado que se hubieran creado con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley Orgánica, el 14 de enero de 2000. “Los ficheros en soportes no automatizados que existieran antes de dicha fecha dispondrán, a estos efectos, del período de adaptación establecido en la Disposición Adicional Primera (finalizado en octubre de 2007)”, según aclara la Agencia Española de Protección de Datos.[7]

De este modo, aunque no exista concretamente una normativa relacionada con los ficheros en papel, la Agencia Española determina que su seguridad sea realizada de acuerdo con el sentido común, debiendo los mismos ser almacenados en sitios cerrados y con llaves,

[7] Información disponible en: https://www.agpd.es/index.php?idSeccion=162. Acceso en: 21/10/2007.

reuniendo todos los cuidados típicos para preservación de documentos relevantes. Asimismo, los datos personales de carácter electrónico requieren requisitos y condiciones distintas de tratamiento, diferenciando los niveles de seguridad en básico, medio y alto.[8]

Así pues, la empresa será responsable por la integridad y seguridad de los datos así como a las de los centros de tratamiento, locales, equipos, sistemas y programas utilizados en el almacenaje y tratamiento de los datos.

Se reconoce el deber de secreto de los datos, de modo que el responsable del fichero y quienes intervengan en cualquier fase del tratamiento de los datos de carácter personal están obligados al secreto profesional respecto de los mismos y al deber de guardarlos, obligaciones que subsistirán aun después de finalizar sus relaciones con el titular del fichero o, en su caso, con el responsable del mismo.

La comunicación de datos a terceros es admisible sólo y cuando la comunicación sea fundamental para el cumplimiento de los fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario y previo consentimiento del interesado, con las excepciones dispuestas en el apartado 1 del artículo 11 de la LOPD, ya referenciadas anteriormente.

Cabe resaltar que no se considerará comunicación de datos el acceso de un tercero a los datos cuando dicho acceso sea necesario para la prestación de un servicio al responsable del tratamiento, es decir, cuando se le entregue los datos para que complemente el desarrollo de las actividades del responsable del fichero.

Esta actividad debe ser precedida de un contrato escrito que delimite la forma de gestión de los datos, siendo expresamente prohibida la divulgación a otras personas, ni siquiera para su conservación, aunque ya exista por parte del Poder Judicial Español decisiones que limitan tal precepto.[9] Asimismo, cumplida la prestación contractual, los datos de carácter personal deberán ser destruidos o devueltos al responsable del tratamiento, al igual que cualquier soporte o documentos en que conste algún dato de carácter personal objeto del tratamiento. Cualquier divulgación o utilización distinta de lo dispuesto contractualmente originará la responsabilidad por el tratamiento de los datos, tanto del encargado como del responsable del fichero.

4. El panorama jurídico brasileño y el movimiento internacional de datos.

La progresiva inserción de las actividades informáticas ya se hace realidad en la mayoría de las sociedades contemporáneas y, en Brasil, crece cada día el número de ficheros

[8] La Agencia Española de Protección de Datos ha elaborado un cuadro resumen acerca de las medidas de seguridad aplicables a todos los ficheros de datos. Disponible en: https://www.agpd.es/upload/Informa%20AEPD/cuadro_reglamento1.pdf Acceso en: 21/10/2007.

[9] Sentencia de la Audiencia Nacional, de 15 de marzo de 2002, en relación con la Instrucción Número 1/2000, de 1 de diciembre. Disponible en :https://www.agpd.es/upload/Canal_Documentacion/legislacion/Estatal/A.18%29%20Sentencia%20de%20la%20Audiencia%20Nacional.pdf. Acceso en; 21/05/2005.

de datos de personas físicas de las más distintas actividades sociales. Este progresivo cambio fomenta la pregunta de cómo estas informaciones son almacenadas y protegidas contra personas mal intencionadas, ya que el derecho brasileño no posee ninguna regla específica acerca de la protección de las informaciones provenientes de datos.

Mucho se habla del derecho a la privacidad de la persona en Brasil, comprendido en su sentido amplio al englobar la prerrogativa de preservación de un espacio inquebrantable e inaccesible a favor de la persona en el ejercicio de su vida privada. Tal derecho está garantizado a través de un gran conjunto de normas que hacen referencia al mismo, empezando por la Constitución Federal, que en su artículo referente a los derechos fundamentales reconoce como inviolables la vida privada, el honor y el imagen de las personas, asegurando el derecho a la indemnización por daño material o moral en caso de violación.

Del mismo modo, la Constitución hace referencia al sigilo de la correspondencia y de las comunicaciones telegráficas, de datos y de las comunicaciones telefónicas, en esta última hipótesis relativizado en los casos de investigación criminal o instrucción procesal penal en los términos del art. 5º, XII y Ley nº 9.296/96. Como instrumento de tutela del derecho a la información personal, la Constitución resguarda el habeas data para asegurar el conocimiento de informaciones relacionadas con la persona del impetrador, constantes en los registros o bancos de datos de entidades gubernamentales o de carácter público. Por último, se resguarda la libertad de rectificación de estos datos, cuando no se prefiera realizado dentro de un proceso sigiloso, judicial o administrativo.

La otra referencia relevante consta en el Código de Defensa del Consumidor [10] al reconocer que el consumidor tendrá libre acceso a sus informaciones cuando constantes en ficheros públicos o privados de consumo, los cuales deben ser claros, objetivos y verdaderos, no pudiendo constar informaciones por más de cinco años.

También el Código Penal, a través del establecimiento de algunas conductas típicas hace referencia a la existencia de datos y su incorrecta inserción para obtención de ventajas indebidas. Asimismo, la Ley General de Telecomunicaciones y la Ley de Política Nacional de Informática hacen referencias a los datos informáticos y a los principios orientadores de las conductas relacionadas con estos ficheros.[11]

---

[10] Código de Defensa del Consumidor (Ley nº 8.078/90)

§ 3° El consumidor, siempre que encontrar inexactitud en sus datos y ficheros, podrá exigir su inmediata corrección, debiendo el responsable por el fichero, en el plazo de cinco días hábiles, comunicar el cambio a los eventuales destinatarios de las informaciones incorrectas."

[11] Artículo. 2º de la Ley 7.232/84 acerca de la Política Nacional de Informática:

"VIII - establecimiento de mecanismos e instrumentos legales y técnicos para la protección del sigilo de los datos almacenados, procesados y difundidos del interés y de la privacidad y de seguridad de las personas físicas y jurídicas privadas y públicas."

"IX - establecimiento de mecanismos e instrumentos para asegurar a todo ciudadano el derecho al acceso a la rectificación de informaciones sobre ele exigentes en base de datos publicas o privadas"

"Art. 72. Sólo en la ejecución de su actividad, la prestadora podrá valerse de informaciones relacionadas con la utilización individual de los servicios por el usuario.

Entretanto, la ausencia de una norma específica dificulta sobremanera las relaciones comerciales de Brasil con los países europeos. De acuerdo con lo que ya fue dicho en su momento, es fundamental que se establezca una normativa adaptada a las necesidades urgentes del comercio e integración internacional, es decir, que haga referencia a los datos informáticos de usuarios de redes electrónicas, su forma de colecta y tratamiento así como las sanciones en caso de no respeto y los órganos responsables por la tutela y aplicación práctica de tal derecho.

Esto se evidencia en los casos de las transmisiones de informaciones, como por ejemplo, según la legislación española, que cuando sea para el exterior del territorio español, se constituye una cesión o comunicación de datos y las que tengan por objeto la realización de un tratamiento de datos por cuenta del responsable de fichero, constituyen transferencia internacional de datos, según la Norma Primera de la instrucción 1/2000 de 1 de diciembre, de la Agencia Española de Protección de Datos, relativa a las normas por las que se rigen los Movimientos Internacionales de Datos, en consonancia con la LOPD en sus artículos 33 y 34 al determinar que:

Artículo 33. Norma general

1. No podrán realizarse transferencias temporales ni definitivas de datos de carácter personal que hayan sido objeto de tratamiento o hayan sido recogidos para someterlos a dicho tratamiento con destino a países que no proporcionen un nivel de protección equiparable al que presta la presente Ley, salvo que, además de haberse observado lo dispuesto en ésta, se obtenga autorización previa del Director de la Agencia Española de Protección de Datos, que sólo podrá otorgarla si se obtienen garantías adecuadas.

2. El carácter adecuado del nivel de protección que ofrece el país de destino se evaluará por la Agencia Española de Protección de Datos atendiendo a todas las circunstancias que concurran en la transferencia o categoría de transferencia de datos. En particular, se tomará en consideración la naturaleza de los datos, la finalidad y la duración del tratamiento o de los tratamientos previstos, el país de origen y el país de destino final, las normas de derecho, generales o sectoriales, vigentes en el país tercero de que se trate, el contenido de los informes de la Comisión de la Unión Europea, así como las normas profesionales y las medidas de seguridad en vigor en dichos países.

Artículo 34. Excepciones.

Lo dispuesto en el artículo anterior no será de aplicación:

a. Cuando la transferencia internacional de datos de carácter personal resulte de la aplicación de tratados o convenios en los que sea parte España.

b. Cuando la transferencia se haga a efectos de prestar o solicitar auxilio judicial internacional.

---

§ 1° La divulgación de las informalidades individuales dependerá de la anuencia expresa y específica del usuario.

§ 2° La prestadora podrá divulgar a terceros las informaciones agregadas sobre el uso de sus servicios desde que ellas no permitan la identificación directa o indirecta del usuario o la violación de su intimidad"

c. Cuando la transferencia sea necesaria para la prevención o para el diagnóstico médicos, la prestación de asistencia sanitaria o tratamiento médicos o la gestión de servicios sanitarios.

d. Cuando se refiera a transferencias dinerarias conforme a su legislación específica.

e. Cuando el afectado haya dado su consentimiento inequívoco a la transferencia prevista.

f. Cuando la transferencia sea necesaria para la ejecución de un contrato entre el afectado y el responsable del fichero o para la adopción de medidas precontractuales adoptadas a petición del afectado.

g. Cuando la transferencia sea necesaria para la celebración o ejecución de un contrato celebrado o por celebrar, en interés del afectado, por el responsable del fichero y un tercero.

h. Cuando la transferencia sea necesaria o legalmente exigida para la salvaguarda de un interés público. Tendrá esta consideración la transferencia solicitada por una Administración fiscal o aduanera para el cumplimiento de sus competencias.

i. Cuando la transferencia sea precisa para el reconocimiento, ejercicio o defensa de un derecho en un proceso judicial.

j. Cuando la transferencia se efectúe, a petición de persona con interés legítimo, desde un Registro público y aquélla sea acorde con la finalidad del mismo.

k. Cuando la transferencia tenga como destino un Estado miembro de la Unión Europea, o un Estado respecto del cual la Comisión de las Comunidades Europeas, en el ejercicio de sus competencias, haya declarado que garantiza un nivel de protección adecuado.

La Instrucción 1/2000 ha fijado los criterios seguidos por la Agencia Española de Protección de Datos en la materia, aclarando el procedimiento a seguir para dar cumplimiento a las previsiones contenidas en la normativa reguladora del tema. Así, en el supuesto del movimiento internacional de datos, hay que identificar:

a) la naturaleza de los datos, finalidad y duración del tratamiento o de los tratamientos previstos;

b) país de origen y destino de los datos, asimismo si la legislación del país de destino final presenta un nivel de protección adecuado de los mismos.

c) Identificación de la actuación jurídica de las entidades relacionadas en la trasferencia, si son responsables del fichero o encargadas del tratamiento, según lo dispuesto en la LOPD.

d) existencia de autorización del Director de la Agencia de Protección de Datos.

El apartado 1 del artículo 2 de la LOPD española dispone:

"Se regirá por la presente Ley Orgánica todo tratamiento de datos de carácter personal:

a) Cuando el tratamiento sea efectuado en territorio español en el marco de las actividades de un establecimiento del responsable del tratamiento.

b) Cuando al responsable del tratamiento no establecido en territorio español, le sea de aplicación la legislación española en aplicación de normas de Derecho Internacional público.

c) Cuando el responsable del tratamiento no esté establecido en territorio de la Unión Europea y utilice en el tratamiento de datos medios situados en territorio español, salvo que tales medios se utilicen únicamente con fines de tránsito

Asimismo, el artículo 4 de la Directiva 95/46/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, establece que:

"1. Los Estados miembros aplicarán las disposiciones nacionales que haya aprobado para la aplicación de la presente Directiva a todo tratamiento de datos personales cuando:

a) el tratamiento sea efectuado en el marco de las actividades de un establecimiento del responsable del tratamiento en el territorio del Estado miembro. Cuando el mismo responsable del tratamiento esté establecido en el territorio de varios Estados miembros deberá adoptar las medidas necesarias para garantizar que cada uno de dichos establecimientos cumple las obligaciones previstas por el Derecho nacional aplicable;

b) el responsable del tratamiento no esté establecido en el territorio del Estado miembro, sino en un lugar en que se aplica su legislación nacional en virtud del Derecho internacional público;

c) el responsable del tratamiento no esté establecido en el territorio de la Comunidad y recurra, para el tratamiento de datos personales, a medios, automatizados o no, situados en el territorio de dicho Estado miembro, salvo en caso de que dichos medios se utilicen solamente con fines de tránsito por el territorio de la Comunidad Europea.

En el caso mencionado en la letra c) del apartado 1, el responsable del tratamiento deberá designar un representante establecido en el territorio de dicho Estado miembro, sin perjuicio de las acciones que pudieran emprenderse contra el propio responsable del tratamiento."

En el supuesto de que sean remitidos datos por las entidades españolas a entidades con sede en otros países comunitarios, es importante, para que se defina la ley aplicable, que se identifique cuál es la situación jurídica de la entidad española que procedió a la recogida de los datos, remitiéndolos posteriormente a otro país, dado que sería preciso conocer si la mencionada entidad tiene la naturaleza de responsable del tratamiento, definido por el artículo 3 d) de la Ley Orgánica 15/1999 como "*persona física o jurídica, de naturaleza pública o*

privada, u órgano administrativo, que decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento", o si, por el contrario, ha de ser considerada mera encargada del tratamiento, es decir, en los términos previstos en el artículo 3 g) de la Ley Orgánica 15/1999, "*la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio o cualquier otro organismo que, solo o conjuntamente con otros, trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento*".

Así, si las entidades españolas tuvieran la condición de responsables del tratamiento, la recogida y tratamiento de los datos efectuado por las entidades estaría sometido a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, cumpliéndose con todas sus exigencias (consentimiento informado, información acerca del fichero y destinatarios de la información, resguardo del derecho de acceso, rectificación, cancelación y oposición e identificación del responsable del tratamiento)

Del mismo modo, el envío de los datos a la empresa con sede en el exterior se adapta a lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 15/1999, configurando la transmisión de datos. El apartado 1 de este artículo dispone que:

> *"Los datos de carácter personal objeto del tratamiento sólo podrán ser comunicados a un tercero para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario con el previo consentimiento del interesado".*

Si el país destinatario es miembro de la Unión Europea se presume que tiene un nivel adecuado de protección, admitiéndose la transferencia de los datos personales. De lo contrario, no siendo el país miembro de la Unión Europea y no presentando un nivel de protección de datos equiparable al de la LOPD, no se admite el envío internacional de los datos, en los términos del artículo 33 de la referida Ley, salvo las excepciones dispuestas en el artículo 34.

Del mismo modo, tal y como se establece en el artículo 26 de la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal, y en los artículos 6 y 8 del Real Decreto 1332/1994 que sigue en vigor, se deberá comunicar a la Agencia Española de Protección de Datos las transferencias internacionales que se vayan a realizar, pues en su gran mayoría, necesitan de autorización expresa del Director de la Agencia, con excepción de lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley Orgánica 15/1999, según informado anteriormente.

Siendo el responsable por el tratamiento de los datos la empresa con sede en Alemania, por ejemplo, la legislación aplicable es la alemana, tanto en lo referente al cumplimiento de los principios de la misma como en lo atinente a los deberes formales que establezca dicha legislación, sin perjuicio de la obligación de las empresas españolas de aplicar las medidas de seguridad previstas en la legislación española. Del mismo modo, la responsabilidad por la violación de los ficheros de datos estará vinculada a la aplicabilidad de la norma alemana según así la admita o no.

En los términos de la LOPD la nacionalidad de los interesados es indiferente para el supuesto de reconocimiento de la responsabilidad por violación o transferencia irregular de datos personales, pues siendo la empresa española la responsable por el secreto de los datos a consecuencia será la legislación española de aplicación obligatoria, de modo que el afectado que resida o no en España podrá, según su interés, ejercer los derechos reconocidos en la LOPD, con independencia de la nacionalidad que posea.

Por lo tanto, el envío de datos a país no comunitario como Brasil conlleva al análisis por la Agencia Española de Protección de Datos de la naturaleza de los datos, finalidad y duración del tratamiento, las normas de derecho vigentes en Brasil, los contenidos de los informes de la Comisión de la Unión Europea y medidas de seguridad impuestas en dichos países.

Así pues, actualmente Brasil a no atender a las exigencias de protección impuestas para el envío internacional de informaciones, restringe sobremanera el intercambio de informaciones y comercio con los países europeos.

5 - Conclusiones

1 –El ordenamiento jurídico español resguarda el derecho fundamental a la protección de datos y reconoce la responsabilidad de los responsables por ficheros de datos personales o encargados de su tratamiento, por violación de los preceptos de la Ley y en especial por divulgación voluntaria o culpable de ficheros de datos bajo su cuidado.

2 - Se faculta a la Agencia Española de Protección de Datos a velar por el respeto a la legislación de protección de datos y controlar su aplicación, en especial en lo relativo a los derechos de información, acceso, rectificación, oposición, cancelación de datos y sanción por violación a la LOPD.

2 – La LOPD enumera las infracciones y sanciones aplicables a la divulgación voluntaria o culpable de ficheros de datos, identificando niveles distintos de culpabilidad según la naturaleza de los derechos personales afectados, al volumen de los tratamientos efectuados, a los beneficios obtenidos, y al grado de intencionalidad, entre otros.

3 – El Reglamento de Medidas de Seguridad, aprobado por Real Decreto 994/1999, de 11 de junio enumera los niveles de protección exigibles a los ficheros que contengan datos de carácter personal.

4 – La ausencia de una normativa específica acerca de la protección de datos en Brasil dificulta sobremanera el libre transito de información y datos en el ámbito internacional, en especial con los países de la Comunidad Europea. Asimismo, es fundamental que Brasil capacite a los órganos públicos brasileños para el ejercicio de las actividades de manutención y tutela de ficheros con las informaciones

5 – Parece fundamental que Brasil establezca una legislación que prime por la identificación concreta de algunos conceptos básicos tales como lo que se comprende por dados personales y sensibles, identificación de los ficheros y el grado de seguridad que deben tener, la identificación de medidas a ser tomadas por los responsables por los datos, los criterios de cuidados, la previsión de un organismo de controle que concentre las informaciones y tenga competencia para imponer las sanciones en caso de violación de los derechos.

V. MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS: JUSTIÇA COEXISTENCIAL OU EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA?
ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION: COEXISTENCIAL JUSTICE OR ADMINISTRATIVE EFFICIENCY

Delton R. S. Meirelles[1]

RESUMO: **Este artigo traz uma reflexão os meios alternativos de resolução de controvérsias, apresentados como solução para a crise judicial da pós-modernidade. Após a comparação entre as diferentes visões sobre seus objetivos, será analisado o impacto da agenda econômica sobre a política pública de alguns países latino-americanos.**

PALAVRAS CHAVES: **MEIOS ALTERNATIVOS – MARC - JURISDIÇÃO**

ABSTRACT**: This paper brings a reflection about the Alternative Dispute Resolution, presented as the solution for the judicial crisis of Postmodernity. After comparing the different ways on its purposes, will be analyzed the impact of the economical agenda on the politics of some Latin American countries.**

KEYWORDS: **ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION – ADR - ADJUDICATION**

I.MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS: CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

É corrente a idéia da crise do Judiciário a partir da segunda metade do século XX, determinada, entre outros motivos, pela crescente judicialização da política e das relações sociais. Tal questão, especialmente sensível na realidade dos países periféricos e a busca pela constitucionalização e efetivação de direitos fundamentais, alia-se ao problema da constante complexidade da interpretação jurídica de novos conflitos e conseqüentes questionamentos à legitimidade judicial estatal para dirimi-los.

Mas esta crise da legitimidade não se restringe às deficiências interpretativas nesta reconfiguração dos conflitos sociais. Merece também destaque a luta de diversos movimentos sociais para a derrubada de barreiras à tutela jurisdicional plena, pressionando os Estados a pensarem em políticas públicas inclusivas, conhecidas como movimentos de Acesso à Justiça, analisadas por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, no revolucionário projeto de Florença.

[1] Professor assistente do departamento de processualística da Universidade Federal Fluminense (SPP/UFF). Doutorando em Direito (UERJ).

Assim, há vários obstáculos que não se esgotam nos limites econômicos[2], como questões técnicas referentes à proteção de interesses coletivos, questões sociais[3] e culturais[4].

Uma das soluções apresentadas é o estímulo aos chamados meios alternativos de resolução de conflitos (doravante chamados de MARC's[5] em vez do seu equivalente inglês ADR – *Alternative Dispute Resolution*), cujo conceito não é muito preciso na literatura sócio-jurídica[6]. Mauro Cappelletti, p. ex., em relatório apresentado em simpósio sobre a Justiça Civil e suas alternativas (1992), oferece um conceito bem amplo, incluindo "*expedientes – judiciais ou não – que tem emergido como alternativas aos tipos ordinários, ou tradicionais, de procedimento*"[7], como as *class actions* e o acesso à informação. Assim, os meios alternativos constituiriam uma forma de tutela jurisdicional diferenciada, em oposição aos procedimentos clássicos do processo tradicional.

Em outros casos, os MARC's constituiriam o estímulo dos juízes e/ou auxiliares do juízo à solução negociada pelas partes. Em vez de um procedimento voltado apenas para a imposição de uma sentença fundada num contraditório técnico, surgiriam oportunidades (predeterminadas em audiências ou não) para tentativas de acordo, evitando-se o prolongamento do processo com a produção de provas e interposição de recursos.

---

[2] O que afeta triplamente as classes mais baixas, em razão das altas custas, a desproporcionalidade entre tais custas e o valor das causas e a lentidão dos processos (SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice*, pp. 168/169)

[3] Para T. H. Marshall, "*a distância dos tribunais era devida aos tecnicismos do direito e de seu processo que fez com que o cidadão ordinário tivesse de lançar mão de especialistas para orientá-lo quanto à natureza de seus direitos e para auxiliá-lo a obtê-los"* (*Cidadania e classe social*, p. 65.)

[4] Os fatores culturais e sociais são o desconhecimento dos direitos pelos cidadãos mais pobres, a hesitação em propor ações por medo de represálias (como no direito do trabalho) e a falta de acesso a advogados. (SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice*, p. 170). No mesmo sentido, o relatório feito por Earl Johnson Jr. (Projeto Florença), para quem "*economic cost is not the only source of inaccessibility for many litigants. For many, the format courts may seem inaccessible in psychological terms. This, of course, is a more subtle phenomenon. It seems compounded of several factors: the anxiety-provoking formality of the typical courtroom setting, the language barrier for some litigants, the mysterious legal machinations for nearly all, and similar considerations"*(*Promissing institutions: a synthesis essay,* p. 878). Também Cappelletti & Garth dizem que "*o desafio é criar foros que sejam atraentes para os indivíduos, não apenas do ponto de vista econômico, mas também físico e psicológico, de modo que eles se sintam à vontade e confiantes para utilizá-los, apesar dos recursos de que disponham aqueles a quem eles se opõem*" (*Acesso à Justiça,* p. 97.)

[5] Segue-se a crítica feita por Elisabetta Silvestri, para quem a moda destes meios alternativos, imposta culturalmente pela hegemonia ideológica norte-americana, a qual acabaria impondo até mesmo a sigla ADR ("*il sucsesso incontrato daí metodi alternativi è quase senza precedenti: autorevoli esponenti della dottrina, come pure membri di spicco Del ceto forense e della magistratura sembrano conquistati dalla moda delle ADR, como ormai vengono familiarmente chiamate anche da noi le alternative al processo, spesso italianizzando la pronuncia di questo acronismo che, come si spera sia noto almeno a coloro che se ne servono, sta per* Alternative Dispute Resolution " - "Osservazioni in tema di strumenti alternativi per la risoluzione delle controverse", p. 475).

[6] Ada Pellegrini Grinover, em relatório brasileiro para o VIII Congresso Internacional de Direito Processual (1987), aplica o conceito de *defomalização* em dois sentidos (processo e controvérsia), para estabelecer tal diferença: " (...)*de um lado, a deformalização do próprio processo, utilizando-se a técnica processual em busca de um processo mais simples, rápido, econômico, de acesso fácil e direto, apto a solucionar com eficiência tipos particulares de conflitos de interesses. De outro lado, a deformalização das controvérsias, buscando para elas, de acordo com sua natureza, equivalentes jurisdicionais, como vias alternativas ao processo, capazes de evitá-lo, para solucioná-las mediante intrumentos institucionalizados de mediação. A deformalização do processo insere-se, portanto, no filão jurisdicional, enquanto a deformalização das controvérsias utiliza-se de meios extrajudiciais*. ("Deformalização do processo e deformalização das controvérsias", p. 179).

[7] "Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à Justiça", *in Revista de Processo* nº 74, p. 82.

Finalmente, os MARC's podem ser analisados sob um ângulo menos técnico-processual e mais político-social: uma paulatina redução do intervencionismo estatal e a ascensão de soluções privadas para os conflitos atuais. Neste caso, o adjetivo "alternativo" se referiria à jurisdição estatal, e não ao procedimento formal e tradicional, restando ao Judiciário verificar a existência da tentativa prévia de negociação ou executar o termo de acordo/arbitragem[8].

Diante deste quadro plurissignificativo, surge um debate sobre os fundamentos de tais métodos alternativos, o qual transcende a teoria do processo e chega ao debate sócio-político: qual é o seu papel? Garantir uma maior legitimidade da jurisdição estatal ou satisfazer aos objetivos de redução do Estado?

Certamente que este quadro não pode ser analisado maniqueisticamente, sob pena de se simplificar a discussão entre um modelo necessariamente bom e outro essencialmente perverso. Mas isto não significa admitir-se a fábula da neutralidade axiológica do trabalho científico[9] ou o autismo gerado pelo formalismo dogmático: problematizar a utilização dos MARC é reconhecer a necessidade de uma análise epistemológica e interdisciplinar dos institutos jurídico-processuais, como alerta Mauro Cappelletti,

> esta autonomia do direito processual significa uma certa abstração de alguns aspectos deste direito face ao objeto substancial do processo; isso porém não significa, ao mesmo tempo, uma necessária abstração destas facetas do direito processual relativamente a fundamentos extrajurídicos, extraprocessuais, culturais, políticos, econômicos, ideológicos[10].

[8] Também é possível um sistema misto, em que há política publica de incentivo à arbitragem, mas dentro de um contexto jurisdicional estatal, como relata Oscar Chase, "*the most obvious way in which the judiciary hás contributed to the growth of ADR hás been by establishing the already-noted 'court-annexed' programs. These tipically involve the creation of na arbitration or mediation service (or both) that is administrated by the court"*("The Rise of ADR in Cultural Context",p. 97)

[9] Como bem assinala Weber em "A objetividade" do conhecimento nas Ciências Sociais"

[10] "A ideologia no processo civil", *in Ajuris nº23*, p. 29

I.1. OS MARC'S COMO INSTRUMENTO DE PACIFICAÇÃO DE CONFLITOS

Uma das vantagens da utilização dos meios alternativos, para seus defensores, é o retorno a um modelo de justiça baseado em idéias comunitárias[11], em oposição à distante e formal jurisdição estatal. Como lembra Boaventura de Sousa Santos, "*pode-se dizer que todas as sociedades minimamente complexas têm à disposição dos litigantes um conjunto mais ou menos numeroso de mecanismos de resolução dos litígios, entendendo como tal todas as instâncias suscetíveis de funcionar como terceira parte, ou seja, como instâncias decisórias exteriores às partes em litígio*"[12]. Em outra oportunidade, o pesquisador português relata experiências sociológicas neste sentido, que tinham "*por unidade de análise o litígio (e não a norma) e por orientação teórica o pluralismo jurídico, orientados para a análise de mecanismos de resolução jurídica informal de conflitos existentes nas sociedades contemporâneas e operando à margem do direito estatal e dos tribunais oficiais*"[13].

Neste sentido, cria-se uma atmosfera favorável aos MARC's, entendidos como instâncias legitimadas para a solução de conflitos sociais pelo próprio meio social em que se inserem, gerando uma maior conscientização política e participação popular[14]. Mauro Cappelletti, nos seus estudos sobre as políticas públicas de acesso à Justiça, defende um ideal de *justiça coexistencial* que "(...) *deve ser perseguida quando esta possa revelar-se, também no plano qualitativo, não já um second best, mas também melhor do que a Justiça ordinária contenciosa*"[15]. Assim, não haveria uma concorrência entre as duas "justiças"[16, 17 e 18], já que

---

[11] O ideal comunitário está mais presente nos modelos autocompositivos (mediação e conciliação) do que nos equivalentes jurisdicionais (arbitragem). Neste sentido, Chase afirma que "*mediation retained vigor as a response to dispute, it was largely in various self-organized utopian communities and within the insular world of immigrant groups (...) that brought a deep distaste for litigation to the New World"* (The Rise of ADR in Cultural Context", p. 101). O mesmo autor busca compreender este atual surto das ADR's a partir do movimento do *counterculturalism* (*ib. , ibid.,* pp. 109/111)

[12] SANTOS, Boaventura de Sousa *et alii*. *Os tribunais nas sociedades contemporâneas*, p. 52

[13] *Pela mão de Alice*, p. 175.

[14] Este parece ser o ponto defendido por Ada Pellegrini Grinover, ainda que trate do tema específico da conciliação ("*a ponto de falar-se de uma 'cultura da conciliação', que conheceu um impulso crescente na sociedade pós-industrial, mas que tem, nos países em desenvolvimento, importante desdobramento, por indicar não apenas a institucionalização de novas formas de participação na administração da Justiça e de gestão racional dos interesses públicos e privados, mas também por assumir relevante papel promocional de conscientização política*" - "Deformalização do processo e deformalização das controvérsias", p. 192)

[15] "O acesso à Justiça e a função do jurista em nossa época".

[16] Entretanto, não pode ser desprezada à resistência da magistratura tradicional. Em pesquisa realizada no ano de 1994, 64,9% dos juízes fluminenses entrevistados mostraram-se contrários às idéias de sua abertura à participação popular (JUNQUEIRA, Eliane Botelho; VIEIRA, José Ribas & FONSECA, Maria Guadalupe Piragibe da. *Juízes: retrato em preto e branco*, p. 204)

[17] "*Também não se põe de modo alternativo e excludente a escolha entre o processo, como meio de solução dos litígios, e equivalentes jurisdicionais capazes de evitá-lo, como a conciliação prévia extrajudicial, atividade preparatória cuja finalidade é a autocomposição. Nem todos os tipos de controvérsia se coadunam com as vias conciliativas. E estas devem permanecer a nível facultativo e coexistente ao processo, a fim de que não se frustre a garantia constitucional da proteção judiciária dos direitos e dos interesses*".(GRINOVER, Ada Pellegrini. "Deformalização do processo e deformalização das controvérsias", p. 201).

[18] Destarte, tais meios alternativos não poderiam servir para esconder as mazelas do Judiciário estatal, como pontifica Ovídio Baptista: "*As alternativas dos Juizados Especiais e das juntas de conciliação, instrumentos sem dúvida valiosos como coadjuvantes na busca de uma prestação jurisdicional compatível com os nossos tempos, podem transformar-se em escudo para que as causas profundas da crise do Poder Judiciário sejam esquecidas*

os MARC's não esvaziariam o Judiciário formal, e sim deveriam ser entendidos como órgãos de auxílio das políticas públicas de acesso à Justiça[19], atendendo-se ao escopo de pacificação social dos litígios[20].

Destaque-se que os MARC's não constituem um fenômeno recente. Ainda que não se considerem a autocomposição e a heterocomposição privadas pretéritas à constituição dos Estados modernos (já que não seriam alternativos, e sim principal método utilizado nas respectivas comunidades), é possível identificar esta cultura enraizada em países como os EUA (como relata Chase, "*alternatives to litigation have been a feature of the American way of disputing throughout its history"*)[21].

Outro ponto interessante é que tais órgãos não ficam necessariamente vinculados à dominante jurisdição de direito, e sim podem decidir como base na equidade[22], como expõe Calamandrei:

> Anche nei sistemi processuali dell'Europa continentale si trovano numerosi esempi di "giurisdizioni di equità" o di collegi arbitrali composti di "amichevoli compositori", i quali cercano la giustizia del caso singolo, traendo ispirazione non dalla lege, che non li vincola, ma da quel senso di equità vivente nella loro coscienza, che detta loro la decisione più conveniente e più aderente alle circostanze del singolo caso[23].

Por fim, Barbosa Moreira ressalta que o uso dos meios alternativos de solução extrajudicial de conflitos de interesses não se confunde com privatização do processo: de fato

---

ou relegadas para as calendas gregas. (...) Devemos buscar alternativas, sem no entanto perder de vista o problema fundamental enfrentado pela jurisdição estatal".(*Processo e ideologia*, p. 319).

Em sentido semelhante, Michele Taruffo aponta uma função negativa de tais órgãos: "*quando il processo giudiziario funziona bene (...) l'ADR rimane um fenomeno tutto sommato marginale e chi ha bisogno della tutela di um próprio diritto preferisce rivolgersi al giudice. Quando, al contrario, i rimedi giurisdizionali non funzionano (...) l'ADR diventa uma sorta di alternativa necesssaria per coloro che hanna bisogno di risolvere controversie ma non posso o non vogliono farlo per mezzo di procedure formali di amministrazione della giustizia che sono onerose, costose ed eccessivamente lunghe*". (*Dimensioni transculturali della giustizia civile, p. 1065*).

[19] Ainda conforme Boaventura, "*não me parece tão-pouco que estes mecanismos de resolução dos litígios à margem do controlo do Estado sejam intrinsecamente negativos ou atentatórios da democracia. Podem, pelo contrário, ser agentes de democratização da sociedade*"(*Pela mão de Alice*, p. 179).

[20] Como afirma Ada Pellegrini Grinover, "*é isso que vem finalmente indicar aquela que talvez seja a função primordial da conciliação: a pacificação social. Esta não é alcançada pela sentença, que se limita a ditar autoritativamente a regra para o caso concreto*(...)". ("Deformalização do processo e deformalização das controvérsias", p. 192). É curioso notar o discurso recorrente na literatura brasileira ao "espírito pacífico" de nosso povo (ou o *homo cordialis* de Sergio Buarque de Hollanda), como se observa no argumento construído por Cândido Rangel Dinamarco: "*é do sentimento popular o refrão segundo o qual 'mais vale um mau acordo, do que uma boa demanda'* (...) *Isso corresponde ao decantado espírito conciliador que caracteriza a nação brasileira*".("Princípios e critérios no processo das pequenas causas", p. 112).

[21] CHASE, Oscar G.. "The Rise of ADR in Cultural Context", p. 100. No mesmo sentido, diz Elisabetta Silvestri: "*molti sembrano ignorara che próprio negli Stati Uniti le alternative al processo costituiscono un fenomeno già Vecchio, sai per data di nascita, sai perchè, a torto o a ragione, si ritiene che la fase di massima espansione delle alternative sai terminata e che sai tempo di valutare, quase in una prospettiva storica, gli effetti che la loro diffusione há prodorto*"("Osservazioni in tema di strumenti alternativi per la risoluzione delle controverse", p. 478)

[22] São exemplos legislativos brasileiros os juizados especiais (lei 9099/95, arts. 6º e 25) e a arbitragem (lei 9307/96, art. 2º).

[23] *Opere giuridiche*, p. 640.

"*longe de ser o processo que assim se privatiza, ao contrário, os particulares é que vêem sua atividade revestida de caráter público*"[24] ou, em outras palavras, "*o caso é antes de* publicização *da função exercida pelo particular que de qualquer tipo de* privatização*"*[25].

I.2. OS MARC'S COMO POLÍTICA DE REDUÇÃO DO ESTADO

Sob uma perspectiva weberiana, os Estados modernos somente puderam construir sua dominação política a partir da apropriação do poder decisório, constituindo o monopólio jurisdicional. A partir de então, poder-se-ia verificar a formação do conflito entre maximização dos poderes estatais e autonomia privada. Assim, pode-se adotar uma dicotomia entre Estados reativos e ativos, conforme o grau de intervenção nos conflitos sociais[26].

Nesta perspectiva, poderíamos identificar entre os argumentos pró-MARC's uma defesa da redução do papel do Estado na resolução de conflitos[27]. Este discurso ganhou força com a crise do modelo de *wellfare state* e ressurgimento do liberalismo econômico como ideologia hegemônica do capitalismo globalizado. Sendo assim, a sobrecarga de trabalho dos tribunais[28] e a conseqüente morosidade da prestação jurisdicional justificariam os meios alternativos como medida garantidora de maior eficiência estatal, já que não seria economicamente viável maiores investimentos no aparelho judicial[29], e conseqüente "*necessidade real de remédios acessíveis e efetivos para pequenas causas, sem grandes (e altamente improváveis) subsídios estatais"*[30]. Ainda que mencione expressamente as intenções do juiz Warren Burger, da Suprema Corte Americana, a crítica feita por Owen Fiss é adequada a esta exposição:

> O juiz Burger não é movido pelo amor ou pelo desejo de encontrar novos caminhos para restaurar ou preservar as relações amistosas, mas sim por preocupações relativas à eficiência e à ordem política. Ele busca alternativas para a litigância com o propósito de diminuir o volume de casos no Judiciário ou, de

---

[24] *Privatização do processo?*, p. 09.

[25] *Privatização do processo?*, p. 11.

[26] DAMASKA, Mirjan. "I due tipi di Stato e gli scopi del processo".

[27] Como pode se observar da seguinte passagem "Existem vantagens obvias tanto para as partes quanto para o sistema jurídico, se o litígio é resolvido sem necessidade de julgamento. A sobrecarga dos tribunais e as despesas excessivamente altas com os litígios podem tornar particularmente benéficas para as partes as soluções rápidas e mediadas, tais como o juízo arbitral" (CAPPELLETTI &GARTH, *Acesso à Justiça,* p. 82).

[28] Esta visão burocrática já era percebida por Carnelutti, para quem "*infelizmente, a experiência tem demonstrado, sem embargo, que não poucas vezes* [a autocomposição] *se degenera em insistências excessivas e inoportunas de juízes preocupados bem mais em eliminar o processo que em conseguir a paz justa entre as partes*" (*Instituições do Processo Civil – Volume II*, p. 70).

[29] "*Reformar o judiciário pode parecer, à primeira vista, uma tarefa simples. Se os recursos disponíveis não são suficientes para que se processe com rapidez e segurança o grande número de casos que chegam à justiça a cada ano, a solução seria aumentar a disponibilidade de recursos ou reduzir o número de casos. No primeiro grupo, estão as propostas de se investir mais em tecnologia de informação (informática) e preencher os cargos vagos de juizes; ou seja, fazer mais da mesma maneira. Obviamente isso implicaria o aumento dos gastos com o judiciário, o que se chocaria com a necessidade de reduzir o déficit público e ao mesmo tempo elevar a oferta de serviços como saúde, educação e segurança pública*". (PINHEIRO, Armando Castelar, *Judiciário e Economia no Brasil*, p. 191).

[30] CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça,* p. 97.

> forma mais plausível, de isolar o *status quo* da possibilidade de reforma pelo Judiciário[31].

Frise-se que seria difícil a simples delegação da atividade jurisdicional a particulares, até porque mesmo os defensores do modelo de Estado gerencial entendem que o Judiciário integra o núcleo estratégico que não pode ser desvinculado[32]. Mas não seria exagero falar em privatização da resolução de controvérsias (ao contrário do que supõe Barbosa Moreira), sendo admitida esta natureza por Cappelletti & Garth:

> Aspecto (...) que decerto merece ênfase é o da 'privatização', como um dos elementos da evolução jurídica moderna (...). A privatização é evidentíssima na 'segunda onda' do movimento de acesso à Justiça, em que indivíduos e associações privadas têm adquirido legitimidade para demandar a proteção de interesses de grupos coletivos (chamados difusos). Mas a privatização também emerge na 'terceira onda': considere-se o fato de que, em muitos expedientes de ADR, leigos assumem funções decisórias ou quase decisórias, assim como o fato de que, com freqüência, o critério de julgamento antes a equidade que o direito escrito. [33]

Nos EUA, a questão fica ainda mais clara quando se analisa a força da arbitragem privada como meio usual de resolução de controvérsias, constituindo opção corrente à jurisdição estatal, conforme narra Oscar Chase:

> Privatization of disputing involved, of course, removing disputes from the relevant organ of government, the judiciary. (...) The Supreme Court, no doubt affected by a concern for the overloaded judiciary, relied on the Federal Arbitration Act (FAA) to rigorously enforce arbitration agreements. Corporations quickly took advantage of these decisions to insisto n arbitration clauses in contracts of employment, Sales, and brokerage. They were thus able to privatize the resolution of such disputes because under FAA there is only very little judicial supervision of arbitration awards. Legal rules need not determine an arbitral award[34].

Por outro lado, é nítido o interesse das corporações capitalistas nas políticas públicas para o Judiciário: não há dúvidas de que "*os sistemas jurídico e legal ocupam um papel de destaque entre as instituições que mais influenciam o desempenho econômico das nações*"[35], como reconheceu o então presidente do STJ, Min. Edson Vidigal, durante reunião-almoço com os integrantes do Conselho de Administração da Bolsa de Valores de São Paulo (Bovespa):

---

[31] FISS, Owen. "Fora do paraíso", p. 147.

[32] PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. "A reforma do Estado nos anos 90: lógica e mecanismos de controle"

[33] "Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à Justiça", *in Revista de Processo* nº 74, p. 95.

[34] CHASE, Oscar G.. "The Rise of ADR in Cultural Context", p. 111

[35] PINHEIRO, Armando Castelar, *in Judiciário e Economia no Brasil*, p.13.

> A economia é indissociável da operação do Direito. Porque o que é o Direito senão a afirmação dos parâmetros e dos comportamentos de todos os setores que se movem na sociedade? E a sociedade, na civilização, não se move sem a economia. Então, uma decisão judicial equivocada pode comprometer muito o chamado risco Brasil.[36]

Neste cenário, o Estado (especialmente em sua função jurisdicional) revela-se como um obstáculo à livre negociação, fenômeno decorrente do princípio da autonomia da vontade. Quanto menos o Judiciário intervir, melhor será para a Economia. Assim, o estímulo às soluções privadas se explica não só pela eficiência e rapidez, mas especialmente para que a "mão invisível do mercado" possa ditar o ritmo das negociações. Não é de se estranhar que, em pesquisa realizada entre empresários, diante da afirmação "*os empresários costumam dizer que 'é sempre melhor fazer um mau acordo do que recorrer à Justiça'*", 36,9% dos entrevistados concordaram totalmente e 51,3% concordaram parcialmente (totalizando 88,2%)[37]. Por outro lado, a mesma pesquisa revela reclamações por parte do patronato contra o excesso de controle do Judiciário, o qual impediria a expansão dos meios alternativos:

> A estrutura legal foi apontada como uma razão para a não utilização de mecanismos de resolução de conflitos, como a arbitragem, porque a lei não proíbe à parte perdedora de recorrer aos tribunais num momento posterior. Também foi mencionado o fato de as instituições públicas não se acharem autorizadas a propor ou aceitar a solução de conflitos fora dos tribunais[38].

Acontece que a intervenção estatal não significa necessariamente excesso de burocratização ou corrupção institucionalizada. Nos países social-democratas, especialmente aqueles que constitucionalizaram a garantia do pleno acesso à Justiça (como nosso art. 5º, XXXV), a tutela jurisdicional se revela um direito fundamental a ser protegido pelo Estado. E isto se deve ao reconhecimento das desigualdades sócio-econômicas[39], que são reequilibradas pela constante vigilância do juiz na condução do processo.

Nos casos de flagrante disparidade de forças[40] (por mais que os liberais ignorem tal realidade), o acordo pode se revelar altamente prejudicial para o hipossuficiente[41], que não

---

[36] Notícias do STJ de 24/01/06, em <http://ww2.stj.gov.br/webstj/Noticias/detalhes_noticias.asp?seq_noticia=16295>

[37] PINHEIRO, Armando Castelar, *Judiciário e Economia no Brasil*, p. 114**.**

[38] PINHEIRO, Armando Castelar, *Judiciário e Economia no Brasil*, p. 105**.**

[39] Frise-se que o desequilíbrio não reside apenas no plano econômico. Num mundo em que ainda se convive com a intolerância religiosa e preconceitos de vários tipos, faz-se necessário um Judiciário independente para se assegurar a devida tutela jurisdicional. Neste ponto, Fiss se opõe a Chase, afirmando que "*a partir da perspectiva de uma comunidade religiosa isolada, que se distingue por sua coerência e pela devoção de seus membros com relação a um grupo de valores partilhados, deve haver um motivo para duvidar-se da alegação, daqueles que recorrem às cortes, de que a reconciliação não é possível. (...) Quando deixamos os antigos Hebreus e Cristãos e voltamos nossa atenção para os Estados Unidos na atualidade, podemos perceber que não há razão alguma para aceitarmos tais suposições. Não existem motivos para que suponhamos que o desejo das minorias de conseguir justiça por seus próprios meios seja injustificado ou que elas promovam ações judiciais porque querem conselhos de uma classe superior. É mais razoável supormos que elas recorram às cortes por necessidade*" ("Fora do paraíso", p. 149).

[40] Este risco foi previsto por Cappelletti, alertando para o uso incorreto dos MARC's nestes casos, ao afirmar que "*isto suscita questão básica acerca do emprego generalizado de ADR e procedimentos simplificados: ou seja,*

teria as mesmas informações sobre a previsão da decisão do litígio (ao contrário do empresário, que pode calcular os riscos da sentença), além da necessidade urgente do pagamento, por menor que seja, para garantia da subsistência[42]. Assim, o "*consentimento é obtido via coação,* [sendo] *o acordo* (...) *uma rendição às condições da sociedade de massa e não deveria ser encorajado ou valorizado*"[43].

O acordo, como fruto de um consenso legitimidade pela livre negociação entre as partes[44], acaba sendo menos legítimo do que a sentença estatal, quando se verifica um desequilíbrio entre os contratantes, como observa Boaventura de Sousa Santos

> a questão do acesso não tem a ver com a assistência judiciária mas antes com a capacitação das partes em função das posições estruturais que ocupam. Nos casos em que os litígios ocorrem entre cidadãos ou grupos de poder sócio-econômico parificável (litígios entre vizinhos, entre operários, entre camponeses, entre estudantes etc.) a informalização da justiça pode ser um genuíno factor de democratização. Ao contrário, nos litígios entre cidadãos ou grupos com posições de poder estruturalmente desiguais (litígios entre patrões e operários, entre consumidores e produtores, entre inquilinos e senhorios) é bem possível que a informalização acarrete consigo a deterioração da posição jurídica da parte mais fraca, decorrente da perda das garantias processuais, e contribua assim para a consolidação das desigualdades sociais [45]

II. OS MARC'S NAS POLÍTICAS PÚBLICAS LATINO-AMERICANAS

Um bom exemplo de como o discurso dos meios alternativos é utilizado para satisfazer os interesses econômicos está em nosso continente. A partir do final da década de 1970, vários países latino-americanos passaram por um processo de redemocratização, após períodos ditatoriais (entre outros, Brasil – 1964/1984; Argentina – 1966/1973 e 1976/1983; e Chile – 1973/1990). Traumatizados com tais períodos de repressão, houve um intenso processo de incorporação de valores democráticos e políticas sociais. Concomitantemente,

---

que eles podem ser explorados pela parte mais forte sempre que não haja 'paridade de armas' entre os litigantes" ("Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à Justiça", p. 91).

[41] "(...) *o acordo é também um produto dos recursos de que dispõem cada uma das partes para financiar o processo judicial, sendo certo que tais recursos são, freqüentemente, distribuídos de maneira desigual [o que] irá, invariavelmente, contaminar o processo de negociação e, conseqüentemente, o acordo ofenderá a concepção de justiça"*(FISS, Owen. "Contra o acordo", p. 124-125).

[42] Owen Fiss também cita os problemas da falta de recursos para a contratação de bons advogados e de manter as despesas do processo ("Contra o acordo", p. 125). Talvez este problema mereça ser relativizado no caso brasileiro, tendo em vista o sistema de defensoria pública formado por profissionais qualificados, a despeito de deficiências estruturais.

[43] FISS, Owen. "Contra o acordo", p. 124.

[44] Merece registro a observação irônica de Elisabetta Silvestri, criticando um suposto romantismo dos defensores da justiça coexistencial: "*L'happy ending è immancabile: gli strumenti alternativi trionfano sulla giustizia ordinária e, in uma società purificata dall'arcaica ideologia del processo come duello fra irriducibilli nemici, si affermano quale espressione di un'armoniosa e ovviamente più evoluta 'giustizia coesistenziale*'" ("Osservazioni in tema di strumenti alternativi per la risoluzione delle controverse", p. 477)

[45] *Pela mão de Alice*, pp. 179/180.

entretanto, o *wellfare state* já se encontrava em declínio, sendo aos poucos substituído por um modelo econômico neoliberal e por reformas de Estado.

No final da década de 1980, os países latino-americanos sofreram graves crises econômicas, marcadas por recessão e inflação, além de aumento da dívida externa. Com isto, economistas do FMI, do Banco Mundial e do Departamento do Tesouro dos Estados Unidos, baseados em texto do economista John Williamson (*International Institute for Economy*), formularam um conjunto de medidas - composto de dez regras básicas - que se tornou a política oficial do Fundo Monetário Internacional. Este chamado o chamado **Consenso de Washington** (1989) passou a ser *"receitado"* para promover o *"ajustamento macroeconômico"* dos países em desenvolvimento.

Algumas das medidas estavam presentes no relatório nº 319 do Banco Mundial (1996), em que é feito um amplo diagnóstico do Poder Judiciário dos países latino-americanos e caribenhos. Dentro da política de redução do Estado, os meios alternativos de resolução de conflitos acabam ganhando destaque, como se verifica em várias passagens do relatório[46]:

> O acesso à justiça pode ser reforçado através de mecanismos alternativos de resolução de conflitos (MARC). A morosidade, ineficiência e corrupção têm estimulado os litigantes a evitar completamente o sistema judiciário formal, optando pela resolução de conflitos extrajudicial. MARC podem proporcionar as partes métodos alternativos de resolução amigável de conflitos, distante da morosidade do sistema formal. (p. 38)
>
> (...) Inicialmente magistrados e advogados podem se sentir ameaçados pela perda de poder causado pelas vias adicionais proporcionados aos litigantes. Entretanto, os juízes podem ser cooptados pela capacidade dos MARC em aliviar o volume processual, removendo a responsabilidade pelos processos complexos e de grande visibilidade pública (p. 39).
>
> (...) Os MARC podem proporcionar diversas vantagens. Os mediadores e árbitros bem treinados podem assegurar conhecimentos específicos e decisões mais previsíveis do que o sistema formal das Cortes, onde os magistrados talvez não estejam familiarizados com a matéria. (p. 39)
>
> Todavia, em muitos países da América Latina e Caribe, o potencial dos MARC, como formas de redução da morosidade e dos acúmulos de processos, tem perdido o seu potencial, em face a mentalidade passiva dos membros das Cortes, que não tem consciência de sua capacidade na resolução consensual de conflitos. (p. 40)
>
> Atualmente, como tem se implementado na América Latina, os sistemas de juízes de paz não fazem parte do sistema formal. Esse sistema é uma resposta a ineficiência do Judiciário e pode assegurar a necessária competição na resolução de conflitos. (p. 40)

[46] Obs. As páginas correspondem à numeração do relatório em português disponível em <http://www.anamatra.org.br/downloads/documento318.pdf>

Os MARC tem se tornado bastante popular na América Latina por representar uma alternativa a morosidade e corrupção que caracteriza o sistema judiciário formal, proporcionando, ainda, uma saudável competição ao Judiciário. (p. 40)

Em determinados países da América Latina, incluindo Peru e Equador, os juízes não respeitam acordos extra-judiciais (e a lei não os obriga a aceitá-los) sustentando que a resolução de conflitos são suas atribuições, e assim, tentam manter sua capacidade de gerenciar os conflitos. Se os MARC não forem reforçados e respeitados pelas Cortes, não serão eficazes em aplicar o acesso à justiça, reduzir a morosidade e diminuir os gastos com a resolução de conflitos. (p. 41)

Muitos países usam arbitragem e/ou mediação para processos trabalhistas. De longe, esses mecanismos tem sido muito bem sucedidos . (p. 42)

Visando proporcionar competição na resolução de conflitos, os programas de reforma devem considerar a implantação de MARC vinculados as Cortes e MARC privados . Os programas devem se direcionar aos MARC vinculados as Cortes, bem como MARC privados, uma vez que a maioria dos códigos de processo já incluem os institutos da conciliação, mediação e arbitragem . (p. 47)

Ademais, visando evitar maiores protelações, os acordos devem obrigar as partes e ser reconhecidos em juízo para não gerar maiores delongas no processo. (p. 47)

Qualquer programa de reforma do Judiciário deve considerar os interesses corporativistas presentes no Judiciário, nos conselhos profissionais de advogados e outros setores governamentais . Esse interesses podem impedir o consenso. Tal fato pode ser visto em recentes atividades conduzidos pelos setores publico e privado . Dessa forma, é importante construir coalizões para superar esses interesses corporativistas. (...). Os projetos tem observado que, em alguns casos, os membros da advocacia tem "relutado em participar de discussões abertas sobre a reforma, que podem ser vistas como uma crítica ao Judiciário, por temor que os juízes possam se indispor contra eles prejudicando-os em processos futuros".(...) Similarmente, espaços efetivos e gratuitos na mídia são necessários para construir uma base de apoio e gerar pressão pública pelas reformas. (p. 58)

Os projetos devem incentivar a participação de um amplo comitê informal ou conselho judicial (consejo) durante as fases de elaboração e implementação, visando promover um consenso em torno do projeto, promover uma contrapartida, bem como garantir confiança e viabilidade. Os comitês também devem, em última instância, serem capazes de gerir os conflitos que podem ocorrer entre o

> Executivo e o Judiciário. Ademais, possibilita uma base de sustentação consensual mais ampla, uma vez que muitos elementos da reforma são bem recebidos além do Judiciário. Essa base de sustentação consensual é importante ao sucesso dos programas. (p. 58)
>
> As reformas do judiciário nos anos 90 leva em consideração as condições locais bem como os padrões internacionais. Devem ser considerados os aspectos econômico, social e cultural dos países, para determinar as medidas exatas necessárias a atingir os objetivos. (p. 60)
>
> A economia de mercado demanda um sistema jurídico eficaz para governos e o setor privado, visando solver os conflitos e organizar as relações sociais. Ao passo que os mercados se tornam mais abertos e abrangentes, e as transações mais complexas as instituições jurídicas formais e imparciais são de fundamental importância. Sem estas instituições, o desenvolvimento no setor privado e a modernização do setor público não será completo. Similarmente, estas instituições contribuem com a eficiência econômica e promovem o crescimento econômico, que por sua vez diminui a pobreza. A reforma do judiciário deve especialmente ser considerada em conjunto quando contemplada qualquer reforma legal, uma vez que sem um judiciário funcional, as leis não podem ser garantidas de forma eficaz. Como resultado, uma reforma racional do Judiciário pode ter um tremendo impacto no processo de modernização do Estado dando uma importante contribuição ao desenvolvimento global. (p. 61)

Este documento do Banco Mundial, aliado ao Consenso de Washington, determinou uma série de reformas processuais e institucionais, incorporando o tema dos meios alternativos aos discursos políticos latino-americanos. Este tema pode estar presente em acordos internacionais, como se verifica na *Declaração de Buenos Aires*, firmada em simpósio organizado por, entre outros, magistrados e promotores latino-americanos, ONU (Programa para o Meio Ambiente – PNUMA – e a Comissão Econômica para América Latina e Caribe – CEPAL), Banco Mundial e entidades de defesa ambiental. Houve o compromisso de se adotarem os ADR, nos seguintes termos:

> Consideramos oportuno fomentar la utilización de medios alternativos de solución de controversias (mediación, arbitrajes) a los fines de reducir las demandas por cuestiones ambientales (sem grifos no original) [47]

Mas há várias outras incorporações pontuais. No Chile, pode-se ter como exemplo o discurso de inauguração do ano judicial de 2004, em que o presidente do tribunal superior afirma

> No podemos tampoco dejar de destacar, ahora que se escribe tanto sobre los "métodos alternativos de solución de conflictos", como eficaz opción para aliviar a los tribunales de justicia en su siempre creciente trabajo, que la

[47] <http://www.eclac.cl/dmaah/noticias/paginas/7/27987/Declaracion_de_Buenos_Aires_Jueces_y_fiscales.pdf>, acesso em 22/05/2007.

> Constitución que venimos comentando estableció un Título dedicado a "los jueces de conciliación", expresando que "ninguno puede presentarse a los tribunales ordinarios con demanda judicial, sin haber ocurrido a los de conciliación"(art. 167) y otorgándoles este carácter a una gran variedad de personas: en la capital a cada uno de los Ministros de la Suprema Corte de Justicia y en otros lugares, según los casos, a alcaldes, regidores, comerciantes etc.[48]

Na Argentina, a *Ley de Mediación* de 1994 estabeleceu a obrigatoriedade da mediação prévia à propositura da ação, a ser realizada em centros oficiais ou privados de mediação e conciliação. Interessante destacar que a iniciativa partiu do Ministério da Justiça, e não do Judiciário. Mais tarde, este mesmo ministério, por meio da resolução n° 121 de 22/02/02, criou uma comissão de estudos para a reforma do Judiciário, justificando da seguinte forma:

> Que la sociedad civil en su totalidad y las principales Organizaciones de la Sociedad Civil relacionadas con la Justicia, han manifestado la convicción de la necesidad de llevar a cabo una profunda reforma del Sistema Judicial, pues ya nadie discute que su mal funcionamiento, con el resultado de la ruptura de la previsibilidad y el resquebrajamiento de la seguridad jurídica, repercuten en la vida cotidiana de todos los habitantes e implican un serio obstáculo para nuestro desarrollo social y econômico.[49]

Também no México a reforma do Judiciário entrou na agenda política. Em março de 2007, um encontro entre ministros da Suprema Corte de Justiça e parlamentares formalizou a entrega do "*Libro Blanco de la Reforma Judicial*", contendo as propostas recebidas na "*Consulta Nacional para una Reforma Integral y Coherente del Sistema de Impartición de Justicia en el Estado Mexicano".* Ao longo de três anos, foram apresentadas 12 mil propostas, sistematizados por 284 especialistas reunidos em fóruns organizados pela Suprema Corte de Justiça[50]. Dentre as 33 ações sugeridas, inclui-se "*promover el uso de medios alternativos de solución de controversias*" e "*evaluar el funcionamiento de la justicia laboral*".

No caso mexicano, o relatório não considera os meios alternativos como concorrentes à Justiça tradicional, mas se inseririam num contexto mais amplo de acesso à Justiça[51]. Assim, "*los mecanismos alternativos para resolver controversias se presenta como un importante reto para los poderes judiciales. Los programas de justicia alternativa tienen que empezar*

---

[48] Disponível em <http://www.poderjudicial.cl/noticias/contenido/discurso2004.pdf, p.27>

[49] Disponível em <http://www.justiciaargentina.gov.ar/actividades/proyect_ley.htm>, acessado em 22/05/2007.

[50] Disponível em <http://200.38.86.53/NR/exeres/7F7D7A2A-658B-4810-837D-A871754D3264,frameless.htm>, acessado em 22/05/2007.

[51] "*Los mecanismos alternativos para resolver controversias no cuentan con una valoración uniforme al interior de los poderes judiciales. En muchas ocasiones se les considera como instancias que representan una competencia ilegítima frente al servicio de impartición de justicia. De esta manera, el empleo de un mecanismo alternativo puede visualizarse como una acción que impide la rápida conclusión de los procesos. Incluso, cuando existe una valoración positiva, se les caracteriza como instancias que permiten descongestionar a los juzgados al reducir su carga de trabajo. Sin embargo, estas concepciones empiezan a cambiar. El fenómeno es particularmente visible en poderes judiciales en donde se han articulado programas que conciben a la justicia alternativa como un mecanismo para facilitar el acceso a la justicia. Esta caracterización presenta a los mecanismos alternativos como medios que permiten que los justiciables participen activamente en la solución de sus problemas"* (*Libro Blanco de la Reforma Judicial*, p. 318).

por difundir su potencial al interior de los poderes judiciales. Los juzgadores deben conocer y entender sus alcances"[52]. Por fim, sustenta-se a profissionalização dos operadores de mecanismos alternativos, como forma de se assegurar uma maior qualidade nas tomadas de decisão, sem que isto importe necessariamente na formação técnico-jurídica destes terceiros[53]

No Brasil, entre outros institutos, mereceriam destaque a regulamentação da arbitragem, em que é possível a escolha de qualquer pessoa capaz de confiança das partes (lei 9307/96, art. 13); e as Comissões de Conciliação Prévia, órgãos paritários formados por representantes dos empregadores e dos empregados, instituídos nas sedes das empresas e nos sindicatos (CLT, art. 625-A, com a redação da lei 9958/2000). Em termos de política pública, o mais notável é o "*Movimento pela Conciliação*", programa desenvolvido pelo Conselho Nacional de Justiça e abraçado pelo Judiciário brasileiro desde 2006, e que tem como estratégia

> diminuir substancialmente o tempo de duração da lide, viabilizar a solução delas e de conflitos por intermédio de procedimentos simplificados e informais, reduzir o número de processos que se avolumam no Judiciário, alcançando, portanto, as ações em trâmite nos foros e as ocorrências que possam vir a se transformar em futuras demandas judiciais, concebidas como um mecanismo acessível a todo cidadão, enfrentando o gravíssimo fato da litigiosidade contida, por meios não adversariais de resolução de conflitos, da justiça participativa e coexistencial, levando-se, enfim, instrumentos da jurisdição às comunidades[54]

III. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se verificou, ao longo do texto, o tema dos MARC's transcende a problemática técnico-processual, e é intimamente vinculada ao debate quanto às políticas públicas. Ainda que a social-democracia tenha sido abalada com a recessão do final do século passado e com o desmonte do bloco soviético, não há como ignorarmos as conquistas de um Estado mais solidário e democrático.

Se, de um lado, o modelo de Judiciário formal se esgotou diante do crescente processo de judicialização das questões sociais, por outro lado o seu completo desaparelhamento acarretaria a perda de espaço para soluções negociadas, fundadas na autonomia da vontade e na lógica econômica. Os países pobres, que a duras penas conseguiram constitucionalizar vários direitos fundamentais, devem reunir esforços para concretizá-los, com o auxílio de instituições judiciárias abertas à participação democrática, mas independentes das regras de mercado. Cabe aos processualistas problematizar estas tentativas de esvaziamento do

---

[52] *Libro Blanco de la Reforma Judicial*, p. 319.

[53] "*Un problema específico que plantea el desarrollo de medios alternativos de solución de controversias es si sus operadores deben estar sujetos a mecanismos de regulación y colegiación obligatoria. La racionalidad de esta medida sería garantizar a sus usuários una calidad mínima de desempeño profesional, técnico y ético. Una cuestión previa al establecimiento de la regulación o colegiación obligatoria de los operadores de los medios alternativos de solución de controversias es la determinación de su perfil profesional. En este punto debe reconocerse que no todos los tipos de medios alternativos requieren de un entrenamiento jurídico equivalente al de un abogado, por lo que no sería deseable exigir en todos los casos como requisito el de tener una licenciatura en derecho. Asimismo algunos tipos de medios alternativos requieren de habilidades de las cuales muchas veces carecen los abogados. Deben por ello diferenciarse los perfiles profesionales de mediadores, conciliadores y árbitros*" (*Libro Blanco de la Reforma Judicial*, p. 320).

[54] Disponível em <http://www.conciliar.cnj.gov.br/conciliar/arquivos/ProjetoConciliar.doc>

Judiciário, sob pena de se perder um importante aliado contra um sistema que pode ser opressor, se não for devidamente controlado.

REFERÊNCIAS

ALVAREZ, Gladys Stella. "Los métodos alternativos de solución de conflictos en los procesos judiciales: experiencias argentinas". Disponível em <http://www.cejamericas.org/doc/documentos/arg_marc_alvarez.pdf>

CAPPELLETTI, Mauro. "A ideologia no processo civil" [trad. Athos Gusmão Carneiro], *in* **Ajuris** *nº23*, pp. 16/33

CAPPELLETTI, Mauro. "O acesso à Justiça e a função do jurista em nossa época". In: **Conferência Nacional da OAB**, 13. Anais. Belo Horizonte: OAB, 1990. p. 115-130.

CAPPELLETTI, Mauro. "Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à Justiça", *in Revista de Processo* nº 74.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do Processo Civil** – Volume II. São Paulo: Classic Book, 2000.

CHASE, Oscar G.. "The Rise of ADR in Cultural Context". In: **Law, Culture and Ritual**. Nova Iorque: New York University Press, 2005. p. 94/113.

DAKOLIAS, Maria. *O setor Judiciário na América Latina e no Caribe: elementos para reforma* (Documento Técnico nº 319). Trad. Sandro Eduardo Sardá. WASHINGTON: BANCO MUNDIAL. Disponível em <http://www.anamatra.org.br/downloads/documento318.pdf>.

DAMASKA, Mirjan. "I due tipi di Stato e gli scopi del processo", *in* **I metodi della Giustizia Civile** (coord. BESSONE, Mario, SILVESTRI, Elisabetta & TARUFFO, Michelle. Padova: CEDAM, 2000, pp. 217/265)

DINAMARCO, Cândido Rangel. "Princípios e critérios no processo das pequenas causas", p. 112 in **Juizado especial de pequenas causas**" (coord. Kazuo Watanabe). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

FISS, Owen. "Contra o acordo", *in* **Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, Constituição e sociedade** (trad. Daniel Porto Godinho da Silva e Melida de Medeiros Rós). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004b.

FISS, Owen. "Fora do paraíso", *in* **Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, Constituição e sociedade** (trad. Daniel Porto Godinho da Silva e Melida de Medeiros Rós). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini. "Deformalização do processo e deformalização das controvérsias", *in* **Novas tendências do direito processual**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990

JOHNSON Jr., Earl. "Promissing institutions: a synthesis essay" *in* CAPPELLETTI, Mauro. **Access to Justice**, vol. II. Milão: Giuffrè Editore, pp. 871/903.

JUNQUEIRA, Eliane Botelho; VIEIRA, José Ribas & FONSECA, Maria Guadalupe Piragibe da. **Juízes: retrato em preto e branco**. Rio de Janeiro: Letra Capital, 1997

MÉXICO. *Libro Blanco de la Reforma Judicial*: *una agenda para la justicia en México.* Suprema Corte de Justicia de la Nación. 1ª ed., 2006. Disponível em <

http://200.38.86.53/NR/rdonlyres/D1A3F5A2-02ED-42EC-8BBE-4C902CC770F0/0/02ContenidoyPortada.pdf >

MARSHALL, T. H..”Cidadania e classe social” *in* **Cidadania, Classe Social e *Status.*** Rio de Janeiro: Zahar Editores.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Privatização do processo?”, *in* **Temas de Direito Processual: 7ª série**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2001.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *A reforma do Estado nos anos 90 : lógica e mecanismos de controle* **in Revista Lua Nova** nº 45, pp. 49/95, 1998

PINHEIRO, Armando Castelar (org.). **Judiciário e Economia no Brasil**. São Paulo: Sumaré, 2000.

SANTOS, Boaventura de Sousa, MARQUES, Maria Manuel Leitão & PEDROSO, João. “Os tribunais nas sociedades contemporâneas” *in* **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, pp. 29/62.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 10ª ed. São Paulo: Cortez, 2005.

SILVA, Ovídio A. Baptista. **Processo e Ideologia**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TARUFFO, Michelle. “Dimensioni transculturali della giustizia civile” *in* **Rivista Trimestale di Diritto e Procedura Civile**, ano LIV, nº 1.

WEBER, Max. A “objetividade” do conhecimento nas Ciências Sociais. In: Cohn, Gabriel (org.). **Max Weber: Sociologia**. São Paulo: Ática, 1979 (Grandes Cientistas Sociais, 13). p. 79-127.

VI. *CLASS ACTIONS* E REFORMAS PROCESSUAIS: UM PONTO DE REFLEXÃO PARA AS AÇÕES COLETIVAS NO BRASIL

André Vasconcelos Roque[1]

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Uma breve descrição das *class actions* norte-americanas – 3. A última reforma processual: o *Class Action Fairness Act* (CAFA) – 4. Um ponto de reflexão para as ações coletivas brasileiras; 4.1 Uma breve reflexão sobre as regras de competência nas ações coletivas; 4.2 Uma nova proposta para os acordos nas ações coletivas brasileiras – 5. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Planeta Terra. Século XXI. O sonho do homem chegar à Lua já foi realizado há quase cinqüenta anos atrás. A física e a medicina, dentre outros ramos do conhecimento, esperimentaram um progresso jamais visto no século que se passou. Surgem outras áreas do conhecimento, cada vez mais importantes, como a informática e a biogenética. As telecomunicações exercem papel essencial em uma sociedade globalizada. Os mais variados bens de consumo – desde simples camisas até televisores de plasma – são comercializados aos milhares ou milhões, nos quatro cantos do planeta.

Um dos fenômenos típicos do mundo contemporâneo é a massificação. Não se tem aqui a pretensão de definir um conceito tão vago e multifacetário. De todo o modo, mesmo sem definir o termo, não é preciso muito esforço para perceber que, nas últimas décadas, as relações jurídicas se intensificaram, não apenas em termos quantitativos, como sobretudo qualitativos. Nos dias de hoje, não é difícil imaginar que um contrato – símbolo por excelência da autonomia privada – possa afetar a situação de milhões de pessoas. Pense-se, por exemplo, em um contrato de concessão de serviços de telefonia, modificando completamente o regime de cobrança das contas de telefone em um país inteiro, como recentemente aconteceu no Brasil.

A intensificação das relações jurídicas no mundo contemporâneo, dentre outros fatores[2], converte o Poder Judiciário em uma instância de solução de conflitos de toda a espécie, desde litígios locais envolvendo apenas dois vizinhos, até uma demanda global que interessa a um país inteiro, quando não vários países. O processo civil precisava se ajustar às transformações vivenciadas na modernidade.

O processo civil deu várias respostas ao crescimento da demanda por justiça, com variados graus de efetividade. Com efeito, a solução de uma questão tão complexa

---

[1] Advogado no Rio de Janeiro. Mestrado em Direito Processual na UERJ.

[2] Outros fatores que ocasionaram a explosão de litigiosidade no mundo contemporâneo, segundo Paulo Cézar Pinheiro Carneiro, foram a industrialização, a migração do campo para a cidade e as conquistas trabalhistas, que conduziram à uma reorganização da sociedade através dos movimentos sociais. Vide CARNEIRO, Paulo Cézar Pinheiro. *Acesso à justiça:* Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública. 2 ed. Rio de Janeiro, Forense, 2003, p. 25.

como o acesso à justiça no mundo contemporâneo não poderia se dar através de uma única medida milagrosa[3]. Nos últimos anos, além das inúmeras reformas no Código de Processo Civil brasileiro, foram promulgadas diversas leis extravagantes sobre as mais diversas matérias, tais como os Juizados Especiais Cíveis e Criminais (Lei 9.099/95), a arbitragem (Lei 9.307/96) e, mais recentemente, as súmulas vinculantes (Lei 11.417/06) e a informatização do processo judicial (Lei. 11.419/06).

Nesse contexto, uma das respostas mais importantes do processo civil no Brasil à intensificação e massificação das relações jurídicas foi a introdução na legislação das chamadas *ações coletivas*[4], ou seja, ações em que um representante ingressa em juízo na defesa de interesses ou de direitos que pertencem a um grupo de pessoas, determinável ou não[5]. Desde a promulgação da lei que regulamentou a Ação Popular (Lei 4.717/65), passando pela Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.345/85), pela Constituição da República de 1988 e, finalmente, pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), as ações coletivas foram sendo progressivamente sistematizadas em nosso país, regulamentando a tutela dos interesses e direitos supra-individuais[6].

---

[3] Nesse sentido, MOREIRA, José Carlos Barbosa. O futuro da justiça: alguns mitos. In: *Temas de direito processual*, Oitava Série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 6 ("Na realidade, basta ver como são diversificadas as causas do insatisfatório desempenho da máquina judiciária, em função da variedade do contexto institucional, econômico, social, cultural em que ela é chamada a trabalhar, para perceber quão ilusória é a esperança de quem aposta todas as fichas num só número.").

[4] Nesse sentido, BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo.* 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 40 ("A conscientização pelos estudiosos da existência de direitos metaindividuais é que faz surgir a necessidade de uma tutela jurisdicional coletiva, isto é, de providências juridicionais capazes de solucionar conflitos envolvendo interesses de grupos."). Advirta-se, porém, que a sociedade de massas não é condição essencial para a existência das ações coletivas, cuja origem remonta a condições sociais bem diferentes, mais precisamente à *actio popularis* do direito romano, que podia ser manejada por qualquer do povo, dispensando a exigência da pertinência subjetiva do interesse posto em lide. Nesse sentido, LEONEL, Ricardo Barros. *Manual do processo coletivo.* 2 ed. São Paulo: RT, 2002, p. 42 ("... as ações populares do processo romano foram a forma embrionária de tutela judicial dos interesses individuais.") e MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada:* teoria geral das ações coletivas. São Paulo: RT, 2006, p. 24/25. Os autores norte-americanos, de forma geral, também admitem a existência das ações coletivas há muitos séculos atrás, muito embora sem fazer referência à *actio popularis* do direito romano. Normalmente, a doutrina americana sustenta que as ações coletivas em seu país tiveram origem nos litígios de grupo na Inglaterra medieval. Vide, por todos, a obra de refêrencia de YEAZELL, Stephen C. *From medieval group litigation to the modern class action.* New Haven and London: Yale University Press, 1986, p. 268 e segs. ("Anglo-American group litigation falls broadly into three periods: medieval (the twelfth through the fifteenth centuries); early modern (the sixteenth and seventeenth centuries); and modern (from the eighteenth century onward)."). Seja como for, não se pode duvidar que a massificação e a globalização na sociedade contemporânea tiveram influência na ampliação e sistematização das ações coletivas a partir da segunda metade do século XX.

[5] Não se pretende aqui ingressar na discussão terminológica entre o significado e a diferenciação de "ação coletiva", "ação civil pública" e "ação de classe", dentre outros. A conceituação utilizada no texto busca ser a mais ampla e genérica possível, sem atentar para as particularidades de cada ordenamento jurídico. Dessa forma, o conceito pode se referir, ainda que em linhas muito gerais e um pouco imprecisas, à ação civil pública no Brasil, às *class actions* nos Estados Unidos e Canadá, às *group litigations* na Inglaterra e às *Verbandsklagen* (ações associativas) na Alemanha. A respeito da discussão terminológica na doutrina, vide, entre outros, GIDI, Antônio. *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil:* un modelo para países de derecho civil. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, p. 33/35 (versão em inglês publicada em GIDI, Antônio. Class actions in Brazil – A model for civil law countries, *The American Journal of Comparative Law*, v. 51, n. 2, Spring 2003, p. 335/337); MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional.* São Paulo: RT, 2002, p. 23/26; LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações coletivas:* história, teoria e prática.Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1998, p. 187/188.

[6] Atualmente, sustentam alguns autores que se formou um novo ramo do direito processual: o processo civil coletivo. Vide, entre muitos outros, FREIRE E SILVA, Bruno. A ineficácia da tentativa de limitação territorial

Nada obstante, há ainda muito a se fazer. Mais de vinte anos se passaram desde a promulgação da Lei da Ação Civil Pública, revelando méritos e algumas dificuldades. Uma das dificuldades observadas tem sido o longo tempo de tramitação das ações civis públicas[7], muito embora se trate de um problema verificado também em outras áreas do processo civil, inclusive em outros países[8]. A questão, portanto, não pode ser imputada a uma suposta deficiência do sistema de tutela coletiva brasileiro, mas sim a outros fatores estruturais, cuja análise está fora dos objetos do presente estudo.

Outros problemas práticos têm sido observados quanto à conexão, continência e prevenção, institutos que ainda não foram regulados satisfatoriamente para os processos coletivos. A relação entre processos individuais e coletivos também tem gerado enormes dificuldades, potencializada pelo fato de que o legislador brasileiro não adotou nenhum dos dois sistemas de vinculação utilizados no Direito Comparado (*opt-in* ou *opt-out*)[9].

---

dos efeitos da coisa julgada na ação civil pública. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Coord.). *Processo civil coletivo.* São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 336/337; DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil.* Salvador: Juspodvm, 2007, v. 4, p. 45/53. Na jurisprudência, também podem ser encontrados pronunciamentos nesse sentido. Vide, a propósito, o voto exarado pelo Min. Luiz Fux: "A lei de imporbidade administrativa, juntamente com a lei da ação civil pública, da ação popular, do mandado de segurança coletivo, do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Idoso, compõem um microssistema de tutela dos interesses transindividuais e sob esse enforque interdisciplinar, interpenetram-se e subsidiam-se (...)." (STJ, REsp 510.150/MA, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. 17.2.2004., DJU de 29.3.2004, p. 173).

[7] Para ilustrar a gravidade do problema, segundo informações do Prof. Paulo Henrique dos Santos Lucon em congresso promovido no Tribunal Regional Federal da 2ª Região durante o segundo semestre de 2006, até aquela data, mais de vinte anos após a promulgação da Lei 7.347/85, ainda não se havia encerrado a primeira ação civil pública proposta em nosso país.

[8] Um leitor habituado a enxergar nos países europeus um padrão insuperável de eficiência provavelmente ficaria espantado com alguns dados. Na Inglaterra, por exemplo, o prefácio das *Civil Procedure Rules* de 1998 (um código de processo civil bastante aproximado do modelo continental europeu, quabrando uma tradição de séculos naquele país) faz referência expressa à *"widespread public dissatisfaction with the delay, expense, complexity anda uncertainty of pursuing cases through the civil courts"*. Como se pode ver, é sintomático que a demora (delay) figure em primeiro lugar na lista. Da mesma forma, na Itália, uma mensagem encaminhada pelo Ministro da Justiça à Câmara dos Deputados, defendendo um dos projetos de reforma processual naquele país, afirma que *"il 90 % degli italiani, lo dice un'indagine del Censis di qualche tempo fa, boccia la giustizia, considerandola lenta, costosa ed iniqua"*. Mais uma vez, a lentidão aparece em primeiro lugar. A propósito, informa um dos principais processualistas italianos que*"the most important, not to say tragic, problem of Italian civil justice is that justice is often awfully delayed, which means that it is frequently denied. This is not just a problem: this is a disaster (...)"*. Vide TARUFFO, Michele. Recent and current reforms of civil procedure in Italy. In: TROCKER, Nicolo; VARANO, Vincenzo. (Org.) *The reforms of civil procedure in comparative perspective.* Torino: G. Giappichelli, 2005, p. 217. Para que se tenha uma idéia de números absolutos, um importante autor japonês afirma que, em seu país, antes da entrada em vigor do novo código de 1996, era comum que um processo se arrastasse por mais de uma década (!!) até ser julgado pela Corte Suprema. Vide TANIGUCHI, Yasuchei. The 1996 Code of Civil Procedure of Japan – A procedure for the coming century?, *The American Journal of Comparative Law*, v. 45, n. 4, p. 769.

[9] O sistema de *opt-in* ou de inclusão é aquele mediante o qual se exige do indivíduo uma ação positiva em determinado prazo para que se vincule ao resultado da ação coletiva. Este sistema é adotado na Suécia, de forma geral, e nos Estados Unidos, unicamente para ações coletivas fundadas na discriminação por idade em matéria trabalhista (Age Discrimination in Employment Act - ADEA). O sistema de *opt-out* ou de exclusão é aquele que não se exige nenhuma atitude positiva do indivíduo para se vincular ao resultado da ação coletiva. Pelo contrário, caso não deseje estar vinculado à ação coletiva, precisa manifestar a sua discordância expressamente em determinado prazo. Este é o sistema mais comum no Direito Comparado, sendo adotado no modelo federal dos Estados Unidos (com exceção das ações fundadas no ADEA), em várias províncias do Canadá (Quebec, Ontário, Colúmbia Britânica e Manitoba, dentre outras), bem como no modelo federal da Austrália e no estado de Victoria.

Para superar as dificuldades e deficiências observadas nos últimos anos, foram elaborados alguns anteprojetos de reforma das ações coletivas no Brasil. No âmbito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), sob a coordenação da Professora Ada Pellegrini Grinover, foi elaborado um primeiro Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. Um segundo Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, resultado de uma reestruturação ampla do primeiro anteprojeto, foi elaborado na esfera dos programas de pós-graduação *stricto sensu* da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e da Universidade Estácio de Sá (UNESA), sob a coordenação do Professor Aluisio Gonçalves de Castro Mendes. Os dois anteprojetos foram encaminhados ao Ministério da Justiça e ainda estão em fase de discussão.

O nosso sistema de tutela coletiva atualmente em vigor, guardadas as devidas proporções, se inspirou nas *class actions* norte-americanas[10]. Da mesma forma, os dois anteprojetos supracitados também foram influenciados pelo modelo americano[11]. No entanto, também nos Estados Unidos houve reformas nesta matéria e não foram poucas. Em 1998, foi aprovada uma alteração na Regra 23 das FRCP[12] (*Federal Rules of Civil Procedure*), que permitiu a interposição de recurso contra as decisões interlocutórias de certificação, ou seja, decisões em que se aprecia os requisitos de admissibilidade para a propositura de uma ação coletiva. No ano de 2003, a Regra 23 das FRCP foi novamente alterada, dessa vez para detalhar o procedimento de aprovação de acordos e de fixação dos honorários advocatícios nas *class actions*.

Finalmente, no início de 2005, foi aprovada a mais importante das reformas das *class actions* norte-americanas desde 1966, quando a Regra 23 das FRCP ganhou a sua configuração atual[13]. Várias modificações foram introduzidas no *United States Code*[14]

---

[10] Vide, entre muitos outros: LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública.* 2 ed. São Paulo: RT, 2005, p. 167 e segs.; DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Op. Cit., p. 56 e segs.; GRINOVER, Ada Pellegrini. Da *class action for damages* à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade. In: *O processo* – Estudos & Pareceres. São Paulo: Perfil, 2005, p. 200.

[11] Nesse sentido, vide os dispositivos nos dois anteprojetos que dizem respeito à legitimação de qualquer pessoa física para propor ação coletiva (art. 19, inciso I no anteprojeto da USP, na versão de janeiro de 2007 e art. 9º, inciso I no anteprojeto da UERJ/UNESA); à previsão expressa da representatividade adequada como requisito específico da ação coletiva (art. 19, inciso I no anteprojeto da USP e art. 8º, inciso I no anteprojeto da UERJ/UNESA) e à previsão da ação coletiva passiva (art. 36 do anteprojeto da USP e art. 42 no anteprojeto da UERJ/UNESA). Vide, ainda, o sistema de vinculação *opt-out* adotado no anteprojeto da UERJ/UNESA em seu art. 33 (o anteprojeto elaborado no âmbito da USP mantém basicamente o mesmo sistema de vinculação utilizado na legislação atual em seu art. 6º).

[12] As *Federal Rules of Civil Procedure* se constituem em um corpo de regras (atualmente, oitenta e seis regras) editadas pela Suprema Corte dos Estados Unidos e submetidas à aprovação do Congresso, que regulam o processo civil no âmbito da Justiça Federal. As *class actions* se encontram previstas na Regra 23 das FRCP. Muito embora os Estados-membros possuam autonomia para legislar sobre processo civil nos Estados Unidos, a grande maioria deles (trinta e seis dos cinqüenta e um estados) seguem as linhas gerais traçadas pelo modelo federal. Vide KLONOFF, Robert H.; BILICH, Edward K. M.; MALVEAUX, Suzette M. *Class actions and other multi-party litigation* – cases and materials. St. Paul: Thomson West, 2006, p. 489 (nota de observação 9). Por este motivo, a descrição das *class actions* na regra federal é de certa forma suficiente para uma compreensão do tema no direito norte-americano.

[13] O sistema das *class actions* norte-americanas anterior a 1966 era bastante diferente do que se encontra em vigor atualmente. Na redação original de 1938, a Regra 23 previa três categorias de ações coletivas (puras, híbridas e espúrias), sendo que a última delas, na realidade, era considerada apenas uma forma de litisconsócio liberal, uma vez que o seu resultado vinculava apenas os membros que tivessem participado do processo. Vide, sobre as *class actions* no regime de 1938, o artigo de HARKINS JR., John G. Federal Rule 23 – The early years,

(USC) por uma lei federal designada de *Class Action Fairness Act* (CAFA)[15]. A Regra 23 não sofreu nenhuma alteração, no entanto. Segundo se depreende de sua Seção 2, o CAFA tem por objetivo coibir alguns abusos observados naquele país nos últimos anos, em especial a certificação indevida de ações coletivas nas justiças dos estados-membros, julgamentos parciais em determinadas cortes estaduais, fixação abusiva de honorários de advogado e aprovação de acordos sem a tutela adequada dos interesses envolvidos.

O presente estudo tem o escopo de descrever a experiência vivenciada no direito norte-americano com a última reforma processual no campo das *class actions* e discutir, ainda que de maneira bastante sintética, em que medida isto poderá ser aproveitado para o aperfeiçoamento do nosso sistema de tutela coletiva, tendo em vista não apenas a lei em vigor, mas principalmente os dois anteprojetos de Código Brasileiro de Processos Coletivos elaborado no âmbito da UERJ/UNESA.

O plano de estudo seguirá três partes bem definidas. Primeiro, se fará uma breve descrição do modelo norte-americano das *class actions* e das inovações introduzidas na última reforma através do CAFA. Depois, o modelo brasileiro será analisado em pontos específicos, justamente aqueles que foram objeto de reforma pelo legislador americano. Finalmente, será discutida a experiência norte-americana, seus limites e possibilidades para a evolução do direito processual em nosso país.

2. Uma breve descrição das *class actions* norte-americanas[16]

As *class actions* se constituem no principal instrumento de tutela coletiva do direito norte-americano[17]. Conceitualmente, podem ser caracterizadas como uma

---

Arizona Law Review, v. 39, 1997, p. 705 e segs.;e, em português, o livro de MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Op. Cit., p. 69/72.

[14] O *United States Code* nada mais é do que uma compilação das leis federais mais importantes em vigor nos Estados Unidos. Apesar do nome, não tem a pretensão de ser um código, à maneira como concebida nos ordenamentos jurídicos da família romano-germânica. O legislador americano não tem o objetivo de criar um código sistemático e coerente, tanto assim que as matérias se encontram organizadas dentro do USC em simples ordem alfabética.

[15] A íntegra do CAFA pode ser consultada nos principais livros norte-americanos sobre o tema e também pode ser encontrada na internet. Vide em http://www.mcglinchey.com/images/pdf/int1D9.PDF (acesso em 06 de agosto de 2007). Pode, ainda, ser encontrada no livro de GIDI, Antônio. A *class action* como instrumento de tutela coletiva dos direitos. São Paulo: RT, 2007, p. 517/525.

[16] O leitor poderá encontrar em algumas obras brasileiras uma descrição geral a respeito das *class actions* norte-americanas, seus requisitos de admissibilidade e categorias. Vide, entre outros, a obra precursora de TUCCI, José Rogério Cruz e. Class action *e mandado de segurança coletivo*. São Paulo: Saraiva, 1990 e, ainda, as obras de MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Op. Cit., p. 63/97; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Op. Cit., p. 29/44; BUENO, Cassio Scarpinella. As *class actions* norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta. *Revista de Processo*, nº 82, abr./jun. 1996, p. 92/151; GRINOVER, Ada Pellegrini. Da *class action for damages*... Op. Cit., p. 184/201; LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações coletivas:* história, teoria e prática. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998, p. 149/167. Recentemente, foi lançada uma extensa obra sobre o assunto: GIDI, Antônio. A *class action*... Op. Cit. Entretanto, optou-se no presente estudo por uma descrição baseada diretamente nas fontes norte-americanas, evitando-se remissões a autores brasileiros neste ponto específico.

[17] Com efeito, existem outros instrumentos de tutela coletiva no direito norte-americano além das *class actions* como, por exemplo, as ações coletivas previstas no ADEA (referidas na nota de rodapé 8 *supra*) por discriminação de empregados em função de sua idade e a reunião de processos envolvendo questões comuns de

ação coletiva, em que um representante ingressa em juízo para a defesa de interesses ou de direitos que pertencem a um grupo de pessoas, determinável ou não[18]. No entanto, as *class actions* possuem algunas características singulares, que agora serão analisadas.

Em primeiro lugar, o representante que ingressa em juízo normalmente é uma pessoa física que tem interesse próprio no resultado da ação coletiva. Este é o primeiro ponto em que as *class actions* norte-americanas se distanciam do modelo brasileiro em vigor. No Brasil, as ações coletivas são ajuizadas ou pelo Ministério Público[19] ou por órgãos públicos ou, ainda, por associações. Os dois anteprojetos elaborados na USP e na UERJ/UNESA introduzem profunda alteração na matéria, atribuindo ao indivíduo a legitimidade para propor ações coletivas, desde que verificada a sua representatividade adequada[20] no caso concreto.

No Estados Unidos, a situação é inversa. O indivíduo possui ampla legitimidade para propor uma *class action*, observados os requisitos de admissibilidade previstos na Regra 23 das FRCP que serão a seguir analisados. Por outro lado, os órgãos públicos e associações enfrentam algumas restrições para ingressar em juízo com esse tipo de ação. Algumas cortes, por exemplo, permitem que os órgãos públicos ajuízem uma ação na defesa do interesse de seus cidadãos postulando apenas tutelas de natureza declaratória ou injuntiva, mas não indenizatória[21], salvo autorização legislativa expressa em sentido contrário. A mesma espécie de restrição se aplica também às associações[22].

Uma segunda característica própria das *class actions* norte americanas é que se exige necessariamente a definição de uma classe na petição inicial. A definição de uma classe irá determinar o alcance da decisão judicial na ação coletiva, ou seja, quem ficará sujeito aos seus efeitos. Embora esse não seja um requisito de admissibilidade expresso na Regra 23 das FRCP[23], trata-se de procedimento essencial para qualquer *class action.* Embora não se exija a identificação de todos os membros da classe, é indispensável que a classe seja definível para fins de limitar o alcance do julgado. Alguns exemplos são os seguintes: "pessoas que compraram os produtos do réu entre os anos de 2000 a 2005"; "indivíduos que moram na cidade de Miami", dentre outros. Definições subjetivas, por outro lado, não costumam ser aceitas pelas cortes norte-americanas, tais

---

fato para fins de processamento conjunto na Justiça Federal, conhecida nos Estados Unidos como *Multidistrict Litigation* (MDL) e prevista no Título 28, Seção 1407 do *United States Code* (USC). Para uma visão geral acerca desses institutos processuais, vide KLONOFF, Robert. *Class Actions and other multi-party litigation in a nutshell.* St Paul: Thomson West, 2004, p. 273/276 e 371/376.

[18] Conceituação de *ação coletiva* apresentada na introdução ao presente estudo.

[19] Segundo estudo do Prof. Paulo Cézar Pinheiro Carneiro, o Ministério Público respondia no ano de 1999 por mais de 60% das ações civis públicas ajuizadas. Em que pese nos últimos anos o papel desempenhado por algumas associações, sobretudo em defesa do consumidor, tudo indica que o *Parquet* ainda ingressa com uma grande parte das ações coletivas atualmente em curso. Vide CARNEIRO, Paulo Cézar Pinheiro. Op. Cit., p. 185 e segs.

[20] O conceito de representatividade adequada guarda nítida correlação com a *adequacy of representation* das *class actions* norte-americanas, requisito de admissibilidade que será a seguir examinado.

[21] Vide CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert. *Newberg on class actions.* 4 ed. St. Paul: Thomson West, 2002, v. 1, p. 481. A coleção *Newberg on class actions*, escrita em onze volumes, é a principal obra de referência sobre o assunto nos Estados Unidos. Infelizmente, a última edição da obra foi no ano de 2002, não abrangendo a reforma legislativa realizada em 2005 com a promulgação do CAFA.

[22] Vide CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert. Op. Cit., p. 485.

[23] Vide KLONOFF, Robert. Op. Cit., p. 26.

como "pessoas que acreditam na Igreja Católica" ou "indivíduos que gostam de música clássica", por serem excessivamente vagas[24].

No modelo brasileiro, o alcance dos efeitos do julgado em uma ação coletiva é delimitado principalmente pela causa de pedir na petição inicial, que definirá a espécie de direito transindividual tutelado na ação coletiva (direito difuso, coletivo *stricto sensu* ou individual homogêneo). Não se exige do autor, portanto, a definição precisa de uma "classe", até porque esse conceito não é conhecido na legislação pátria. Os anteprojetos elaborados na USP e na UERJ/UNESA não apresentam maior inovação neste ponto.

Avançando na exposição do tema, as *class actions* norte-americanas se sujeitam a quatro requisitos gerais de admissibilidade expressos da Regra 23 das FRCP. São eles: (a) numerosidade; (b) presença de questões de fato ou de direito comuns à classe; (c) tipicidade e (d) representatividade adequada.

Segundo o requisito da numerosidade (*numerosity*), para uma *class action* ser certificada, é necessário que o número de membros representados seja tal que torne o litisconsórcio impraticável (porém, não necessariamente impossível). A Regra 23 não estabelece um número de membros *a priori* para que esta condição seja atendida[25]. Com efeito, devem ainda ser considerados outros fatores, como a dispersão geográfica dos interessados, o valor das pretensões individuais envolvidas, a natureza e a complexidade das causas ou a própria mutabilidade dos integrantes do grupo[26].

O segundo requisito de admissibilidade previsto na Regra 23 é denominado de *commonality*. Em apertada síntese, a *commonality* consiste na exigência de que existam uma ou mais questões de direito ou de fato comuns à classe. Não se exige a identidade absoluta de pretensões, mas a *commonality* deve incidir sobre um ponto relevante para a *class actions*[27]. Por exemplo, tem-se entendido que este requisito estará preenchido se todos os membros discutirem a interpretação de cláusulas contratuais idênticas, ou se todos os integrantes do grupo forae vítimas de um mesmo incidente catastrófico ou, ainda, se todos os membros da classe aleguem ser vítimas de um mesmo padrão de

---

[24] A Regra 23 das FRCP não contém nenhuma orientação sobre como deve ser definida a classe. Vide, no entanto, o *Manual for Complex Litigation (Fourth)*, editado pelo *Federal Judicial Center* em 2004, Seção 21.222. O *Manual for Complex Litigation* serve como um guia de orientação para os juízes federais nos Estados Unidos e está disponível na internet, em

[25] Ao contrário de outros países, onde se exige um número mínimo de membros para a ação coletiva. No Canadá, é exigido que a classe possua, no mínimo, dois membros. Na Austrália, exige-se pelo menos sete membros. Na China, o mínimo exigido lei são dez membros. Vide GIDI, Antônio. Op. Cit., *Las acciones colectivas...,* p. 74 (nota de rodapé 167).

[26] Vide CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert. Op. Cit., p. 218 e segs. (farta jurisprudência sobre o tema); KLONOFF, Robert H., Op. Cit., p. 31/36. Observam Alda Conte e Herbert Newberg, no entanto, que existem casos em que a classe abrange milhares ou até milhões de pessoas. Nessas hipóteses, o número de envolvidos já evidencia por si só a impraticabilidade do litisconsórcio, dispensando a análise dos demais fatores. Vide CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert. Op. Cit., p. 243/246.

[27] Este requisito não se confunde com a exigência de predominância das questões coletivas sobre as questões individuais que está contida na Regra 23 (b)(3), condição de certificação apenas para as *class actions* certificadas nesta categoria. A *commonality* é um requisito comum a todas as categorias de *class actions* e está atendido, desde que haja pelo menos uma única questão comum de direito ou de fato. Não é preciso, portanto, verificar se as questões comuns predominam ou não sobre as questões individuais dos membros da classe. Vide CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert. Op. Cit., p. 272 e segs. (especialmente p. 291/305) e KLONOFF, Robert H. Op. Cit., p. 40.

conduta como, por exemplo, a elevação indevida de preços no mercado com a formação de um cartel entre os fornecedores ou, finalmente, se for alegada a existência de uma política geral de discriminação contra os membros da classe[28]. O propósito da exigência é claro: se não existir nenhuma questão comum, por mínima que seja, simplesmente não haveria qualquer propósito em uma ação coletiva.

O terceiro requisito explícito é chamado de "tipicidade" (*typicality)*, segundo o qual as pretensões dos representantes devem ser típicas dos interesses de toda a classe. O significado desta exigência é obscuro[29]. Muitos tribunais norte-americanos entendem que este requisito não tem um significado próprio, confundindo-se com a *commonality* ou com a "representatividade adequada"[30]. Outros tribunais entendem que este requisito é a base legal para se exigir que as partes representativas sejam membros da classe[31]. No julgamento do caso *Amchem Products. v. Windsor* (1997), a Suprema Corte afirmou que a representatividade adequada, a *commonality* e a tipicidade tendem a se sobrepor e que todos eles servem como orientação para determinar se a *class action* deve ou não ser certificada[32]. De todo o modo, pode-se afirmar que, no âmbito da tipicidade, realiza-se uma verificação de compatibilidade entre as partes representativas e a classe, em termos de pretensão ou defesa[33].

O último dos quatros requisitos previstos na Regra 23 é a "representatividade adequada" (*adequacy of representation*), segundo o qual a *class action* somente será mantida se as partes representativas protegerem de forma justa e adequada os interesses dos membros da classe. Este é, sem dúvida nenhuma, o requisitos mais importante das ações de classe norte-americanas, porque remete a noções de devido processo legal[34] em relação aos membros ausentes, que não participaram da *class action*[35]. Com efeito, a sua vinculação ao resultado final da ação coletiva somente pode ser admitida se eles foram representados de forma adequada. Caso contrário, não estarão vinculados aos efeitos da coisa julgada na *class action*[36].

---

[28] Os exemplos podem ser encontrados em CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert. Op. Cit., p. 278/283 (com referência aos julgados em que tais matérias foram discutidas); KLONOFF, Robert H. Op. Cit., p. 40/41 e FRIEDENTHAL, Jack H.; KANE, Mary Kay; MILLER, Arthur R. *Civil procedure*. 4 ed. St. Paul: Thomson West, 2005, p. 763.

[29] Vide KLONOFF, Robert H. Op. Cit., p. 42 e FRIEDENTHAL, Jack H. *et alli.* Op. Cit., p. 765.

[30] Nesse sentido: FRIEDENTHAL, Jack H. *et alli.* Op. Cit., p. 765.

[31] Vide KLONOFF, Robert H. Op. Cit., p. 42/43.

[32] Vide *Amchem Products, Inc. v. Windsor*, 521 U.S. 591 (1997). No mesmo sentido, vide CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert. Op. Cit., p. 317/324.

[33] Vide CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert. Op. Cit., p. 326.

[34] Assim como no Brasil, o princípio do devido processo legal tem previsão constitucional nos Estados Unidos, mais precisamente na Emenda V de 1791 e na Seção I da Emenda XIV de 1868.

[35] Vide CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert. Op. Cit., p. 408 e FRIEDENTHAL, Jack H. *et alli.* Op. Cit., p. 766.

[36] O *leading case* sobre o tema foi o caso *Hansberry v. Lee* (1940), apreciado pela Suprema Corte ainda sob a versão original da Regra 23, que já continha a exigência da "representatividade adequada". Vide, a propósito, a seguinte passagem do acórdão: *"It is familiar doctrine of the federal courts that members of a class not present as parties to the litigation may be bound by the judgement where they are in fact adequately represented by parties who are present, or where they actually participate in the conduct of the litigation in which members of the class are present as parties, or where the interest of the members of the class, some of whom are present as parties, is joint, or where for any other reason the relationship between the parties present and those who are*

A representatividade adequada possui duas dimensões: (a) a qualidade da defesa dos interesses da classe; e (b) a ausência de conflito de interesses[37].

No exame da representatividade adequada em sua primeira dimensão, o que de fato importa não é o número de representantes, mas sim a sua qualidade, experiência e reputação. Dada a sua grande relevância, o controle deste requisito deve ser permanente, ao longo de todo o processo[38]. O juiz deve sempre observar, quanto aos representantes, o seu comprometimento com a causa, a motivação, o vigor na condução do feito[39], a capacidade financeira, honestidade e credibilidade. Quanto aos advogados da classe[40], deve ser considerada a sua qualificação profissional, a experiência com *class actions*, a qualidade de seus trabalhos profissionais, conduta ética e a estrutura do seu escritório[41]. Neste primeiro aspecto, deve ser verificada sobretudo a qualidade com que os interesses da classe são defendidos, o que nem sempre é uma tarefa muito fácil.

Sob o segundo aspecto, a representatividade adequada está relacionada também à ausência de conflitos entre os representantes da classe e os membros ausentes, bem como à inexistência de conluios e acordos espúrios com a parte adversa[42]. Esta é, na prática, a principal questão enfrentada pelos tribunais no exame da representatividade adequada[43]. Por exemplo, entende-se que os representantes não devem possuir nenhuma relação familiar ou financeira com os advogados, porque eles podem estar interessados em maximizar os honorários, em vez de representar os interesses da classe[44]. Um outro exemplo relativamente comum ocorre quando as pretensões dos representantes não são as mesmas de todos os membros ausentes. Dois julgamentos bastante comentados na doutrina norte-americana, que foram apreciados pela Suprema Corte na década passada, enfrentaram a questão[45]. Nos dois casos, que versavam sobre a exposição de pessoas aos efeitos tóxicos do amianto, ficou consignado que os autores da ação, que alegaram ter sofrido danos atuais, não podiam representar adequadamente os membros futuros da classe, ou seja, aqueles que viriam a desenvolver doenças posteriormente. A Suprema Corte notou que o objetivo dos autores – maximizar a indenização para aqueles que já tinham sofrido danos – era conflitante com o interesse dos membros

---

absent is such as legally to entitle the former to stand in the judgement for the latter." Hansberry v. Lee, 311 U. S. 31, 61 S.Ct. 115, 85 L. Ed. 22 (1940).

[37] Vide CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert. Op. Cit., p. 409

[38] Vide CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert. Op. Cit., p. 408.

[39] No caso *McGowan v. Faulkner Concrete Pipe Co.,* 659 F.2d 554 (5th Cir. 1981), por exemplo, foi denegada a certificação da *class action* porque, após dois anos, os representantes não tinham conseguido prosseguir na fase de produção de provas (*discovery*) e não restituíram ao réu US$ 421 pelas cópias que o mesmo tirou de diversos documentos para serem fornecidos aos autores da ação.

[40] Com efeito, o exame da representatividade adequada também atinge os advogados, aspecto este que foi reforçado com o acréscimo da alínea (g) à Regra 23 das FRCP pela emenda aprovada em 2003, que exige que o juiz aponte formalmente quem será o advogado que atuará nos interesses da classe, com base em diversos critérios, tais como a qualidade dos trabalhos apresentados pelo advogado, o seu conhecimento sobre o direito material discutido na ação de classe e sua experiência. Nesse sentido, vide KLONOFF, Robert H. Op. Cit., p. 58/59.

[41] Vide CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert. Op. Cit., p. 408/409 e 416/418.

[42] Vide CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert. Op. Cit., p. 409 e 418/432.

[43] Vide KLONOFF, Robert H. Op. Cit., p. 53.

[44] Vide KLONOFF, Robert H. Op. Cit., p. 54.

[45] *Amchem Products, Inc. v. Windsor,* 521 U.S. 591 (1997) e *Ortiz v. Fibreboard*, 527 U.S. 815 (1999).

futuros – preservar o máximo possível dos fundos de indenização disponibilizados para compensar os possíveis danos que viessem a ocorrer no futuro.

Uma vez preenchidos os requisitos gerais de admissibilidade, a *class action* deve se encaixar em uma das categorias disciplinadas na Regra 23, alínea (b) das FRCP. A subsunção pode ocorrer, eventualmente, em mais de uma das seções da alínea (b), mas o juiz deve indicar qual é a categoria mais apropriada ao caso concreto.

A Regra 23 (b), seção (1) das FRCP está dividida nas subseções (A) e (B), que definem duas categorias de *class actions* estabelecidas para evitar danos decorrentes de múltiplas demandas envolvendo o mesmo objeto litigioso. Na verdade, as categorias (A) e (B) regulam a mesma situação fática, do ponto de vista da parte adversa à classe e dos seus membros, respectivamente[46].

A subseção (1)(A), que estabelece a categoria das *incompatible standards class actions,* prevê que a ação de classe será admitida se o ajuizamento de ações individuais criar o risco de decisões inconsistentes, estabelecendo padrões de conduta incompatíveis para a parte adversa à classe[47]. As cortes norte-americanas têm encontrado dificuldades em delimitar o preciso alcance da norma porque, caso a interpretação seja a mais ampla possível, então praticamente toda *class action* seria certificada nessa categoria, tendo em vista a possibilidade de decisões divergentes nas ações individuais[48].

A posição predominante nas cortes americanas tem sido afastar a certificação na categoria (b)(1)(A) pelo simples risco de alguns membros serem bem sucedidos em suas ações individuais e outros não[49]. Alguns tribunais vão mais longe ainda e não admitem a certificação de *class actions* envolvendo pedidos de indenização, sendo possível apenas formular pedidos de natureza mandamental ou constitutiva nesta subseção. Finalmente, algumas cortes não admitem ações nesta categoria, considerando a improbabilidade de serem ajuizadas ações individuais no caso concreto[50].

Para compreender o alcance da norma em termos práticos, suponha-se que uma fábrica está produzindo níveis de poluição acima do permitido na vizinhança. Alguns vizinhos podem ajuizar uma ação, requerendo o fechamento da fábrica. Outros vizinhos podem pedir a simples instalação de um filtro na chaminé. Outros podem requerer

---

[46] Vide CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert. Op. Cit, v. 2, p. 10.

[47] Vide Regra 23 (b)(1)(A), no original: *(b) Class Actions Maintainable. An action may be maintained as a class action if the prerequisites of subdivision (a) are satisfied, and in addition: (1) the prosecution of separate actions by or against individual members of the class would create a risk of (A) inconsistent or varying adjudications with respect to individual members of the class which would establish incompatible standards of conduct for the party opposing the class..."*

[48] Vide CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert. Op. Cit, p. 12/14. Um leitor brasileiro poderia imaginar que esta afirmativa deveria ser ressalvada, pois evidentemente não seria possível uma ação individual sobre direito ou interesse transindividual indivisível. No entanto, a noção de indivisibilidade é desconhecida no direito americano, conforme nos informa Antônio Gidi. Vide GIDI, Antônio. *Las acciones colectivas...* Op. Cit., p. 55 ("El reconocimiento del concepto de la indivisibilidad de las pretensiones colectivas sería una importante evolución en el derecho norteamericano.") Naturalmente, portanto, este tipo de ressalva não seria encontrado em nenhum livro norte-americano sobre o assunto.

[49] Vide CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert. Op. Cit, p. 14 e KLONOFF, Robert H. Op. Cit., p. 64/65.

[50] Vide ampla discussão sobre as restrições da jurisprudência norte-americana às *class actions* previstas na Regra 23 (b)(1)(A) das FRCP em CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert. Op. Cit, p. 14/24. A última restrição mencionada no texto (probabilidade real ou não do ajuizamento de ações individuais) também está referida em FRIEDENTHAL, Jack, H. *et alli.* Op. Cit., p. 768/769 (nota de rodapé 49).

apenas que sejam estabelecidas algumas restrições às atividades industriais, tal como o funcionamento da fábrica durante apebas algumas horas por dia. As possibilidades de decisões judiciais incompatíveis do ponto de vista do réu são inúmeras.

Considera-se obrigatória a *class action* prevista na Regra 23 (b)(1)(A) porque, uma vez ajuizada e certificada, a vinculação dos membros da classe à decisão na ação coletiva é absoluta, ou seja, sem a possibilidade do exercício do direito de exclusão (*opt out rights*). Compreende-se que seja assim, porque o objetivo de se admitir uma ação de classe nesta categoria é justamente evitar decisões contraditórias nas ações individuais propostas contra a parte adversa.

Passando à segunda categoria de *class actions*, a Regra 23, (b)(1)(B) estabelece que será admissível a ação se o ajuizamento de demandas individuais pelos integrantes do grupo implicar em risco de que as decisões proferidas nestas ações disponham sobre os interesses de outros membros da classe que não são partes no processo[51].

O exemplo mais comum de certificação de ações de classe em (b)(1)(B) envolve as chamadas *limited fund class actions*[52], ou seja, ações coletivas destinadas a assegurar a distribuição justa e equitativa entre os membros da classe de um fundo de indenização, que poderia ser esgotado pelas primeiras ações individuais ajuizadas, em detrimento dos demais integrantes do grupo[53]. Assim também se dá na hipótese de litígios envolvendo a distribuição de dividendos entre os acionistas, pois a repartição dos lucros deve ser feita coletivamente, e não em favor apenas daqueles acionistas que propuseram as suas ações individuais em primeiro lugar[54].

Nesta segunda categoria, o entendimento tradicional é que não há a possibilidade de exercício individual do direito de exclusão por parte dos membros da classe (*opt-out rights*), tal como ocorre com as *class actions* certificadas na subseção anterior[55]. Nada obstante, algumas cortes têm assegurado o exercício do direito de exclusão[56] em casos específicos, prática esta que tem enfrentado divergências na jurisprudência[57].

A terceira categoria de *class actions* se encontra prevista na Regra 23 (b)(2) das FRCP, a qual estabelece que a ação será admitida se a parte adversa tiver agido ou se

---

[51] Vide Regra 23 (b)(1)(B), no original: *(b) Class Actions Maintainable. An action may be maintained as a class action if the prerequisites of subdivision (a) are satisfied, and in addition: (1) the prosecution of separate actions by or against individual members of the class would create a risk of (...). (B) adjudications with respect to individual members of the class which would as a practical matter be dispositive of the interests of the other members not parties to the adjudications or substantially impair or impede their ability to protect their interests..."*

[52] Vide CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert. Op. Cit, p. 33 e KLONOFF, Robert H. Op. Cit., p. 68.

[53] Um leitor mais atento perceberia facilmente o palalelismo entre esta categoria de *class actions* e as hipóteses de execução coletiva existentes na nossa legislação, tais como a falência e a insolvência civil. A diferenciação das *class actions* é que, para serem admitidas, devem obedecer aos requisitos previstos na alínea (a) da Regra 23, dentre os quais a impraticabilidade do litisconsórcio. Dessa forma, muito embora seja possível aos credores promover, pelo menos em tese, uma *class action* em face de uma empresa em falência, dificilmente o requisito da *numerosity* seria atendido. Nesse mesmo sentido, vide CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert. Op. Cit, p. 35/36.

[54] Vide notas do Comitê Consultivo responsável pela reforma de 1966 da Regra 23 das FRCP e CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert. Op. Cit, p. 33.

[55] Vide KLONOFF, Robert H. Op. Cit., p. 75.

[56] Vide KLONOFF, Robert H. Op. Cit., p. 76.

[57] Vide CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert. Op. Cit, p. 36.

recusado a agir com fundamento aplicável à classe inteira, de forma que seja apropriado que o remédio jurídico final, de natureza declaratória ou condenatória de obrigação de fazer ou não fazer[58], seja adotado para o grupo como um todo[59]. Os requisitos previstos na norma, portanto, são dois: a) a existência de padrões de conduta da parte adversa que sejam aplicáveis à classe como um todo e; b) a formulação de pedidos declaratórios ou injuntivos (obrigação de fazer ou não fazer).

A demonstração do primeiro requisito previsto nem sempre pode ser facilmente realizada. Imagine-se, por exemplo, que o autor da ação alegue que uma determinada empresa leva em conta critérios raciais para a promoção de seus funcionários. O autor terá que demonstrar não apenas que deixou de ser promovido em virtude de sua raça, como também terá que comprovar um padrão geral de conduta discriminatório, ou seja, que a empresa leva em consideração a raça, de forma sistemática, para fins de promoção de seus empregados. Não é necessário, porém, que todos os integrantes tenham sido afetados diretamente ou se sintam ameaçados[60]. No caso em tela, embora o autor tenha que evidenciar que existe um padrão geral de conduta, ele não precisará comprovar que todos os empregados sofreram discriminação.

O segundo requisito é que a tutela pleiteada na ação seja de natureza declaratória ou injuntiva. À primeira vista, portanto, ficariam afastados os pedidos de indenização nessa categoria. Todavia, os tribunais americanos têm admitido a formulação de pedidos *incidentais*, ou seja, não principais dessa espécie[61]. Por exemplo, se o autor formular um pedido simplesmente para declarar a responsabilidade civil do réu, a ação de classe não pode ser certificada, porque o pedido mais importante será ainda aqui a condenação do réu. Segundo as notas do Comitê Consultivo da reforma de 1966, é indispensável que os pedidos não-pecuniários predominem sobre os pecuniários. Apesar de a jurisprudência majoritária adotar entendimento flexível, a prática tem ocasionado sérias divergências[62]. Algumas cortes, inclusive, se negam a certificar *class actions* com pedidos substanciais de indenização, sem sequer verificar se eles foram formulados em caráter principal ou meramente incidental pelo autos[63].

A maioria das ações certificadas nesta categoria estão relacionadas com direitos civis ou outros direitos fundamentais de ordem constitucional, sendo constantes os casos

---

[58] Para os fins do presente estudo descritivo, não é aparentemente relevante a distinção entre as decisões de natureza condenatória, mandamental ou executiva *lato sensu*, até porque essa diferenciação não chega a ser enfrentada pela doutrina norte-americana. Vide MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Op. Cit., p. 85 (nota de rodapé 61).

[59] Vide Regra 23 (b)(2), no original: *(b) Class Actions Maintainable. An action may be maintained as a class action if the prerequisites of subdivision (a) are satisfied, and in addition: (1)... (2) the party opposing the class has acted or refused to act on grounds generally applicable to the class, thereby making appropriate final injunctive relief or corresponding declaratory relief with respect to the class as a whole..."*

[60] Vide CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert. Op. Cit., p. 55 e FRIEDENTHAL, Jack H. *et alli.* Op. Cit., p. 770.

[61] Vide CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert. Op. Cit., p. 61/62 e FRIEDENTHAL, Jack H. *et alli*. Op. Cit., p. 770.

[62] Vide amplíssima discussão da matéria, com remissão a um número impressionante de julgados, dando a dimensão da grave divergência jurisprudencial sobre a questão, em CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert. Op. Cit., p. 73/131. Uma discussão mais sintética sobre o tema se encontra em KLONOFF, Robert H. Op. Cit., p. 80/83.

[63] Vide CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert. Op. Cit., p. 111.

de discriminação racial, religiosa ou sexual. No entanto, as notas do Comitê Consultivo indicam que a categoria (b)(2) não foi criada exclusivamente para este tipo de litígio. As notas se referem a ações na área de patentes ou para coibir a prática ilegal de preços no mercado[64]. Recentemente, foram admitidas algumas *class actions* relacionadas a ações no mercado de valores mobiliários[65].

Assim como as ações de classe previstas em (b)(1), as *class actions* certificadas nesta categoria possuem vinculação obrigatória, sem a possibilidade para o exercício do direito de exclusão (*opt-out rights*). No entanto, assim como na seção anterior, algumas cortes têm admitido o direito de exclusão em circunstâncias excepcionais[66].

Finalmente, a última categoria se encontra estabelecida na Regra 23 (b)(3), que estabelece que a ação será admitida se a corte decidir que as questões de direito ou de fato comuns aos integrantes do grupo predominam em ralação às questões individuais e, ainda, que a *class action* é superior aos demais métodos disponíveis para solucionar a controvérsia de forma justa e eficiente. As matérias pertinentes à decisão abrangerão, entre outros fatores: (A) o interesse dos membros em controlar individualmente as suas pretensões ou defesas em ações separadas; (B) a extensão e natureza de qualquer litígio já iniciado relacionado à controvérsia; (C) a conveniência ou não em concentrar o litígio em determinado tribunal; (D) as dificuldades que provavelmente serão enfrentadas para o processamento da ação coletiva[67].

A norma prevê um critério residual para a certificação das ações coletivas nos Estados Unidos, sendo suficiente a existência questões de fato ou de direito comuns à classe, o que não ensejaria maiores dificuldades, tendo em vista que se trata de um dos requisitos de admissibilidade previstos na alínea (a). A existência de "questões comuns" pode ser facilmente associada com a "origem comum" exigida pela legislação brasileira para a defesa coletiva de direitos individuais homogêneos[68]. Entretanto, o dispositivo estabelece duas condições que devem ser necessariamente satisfeitas para a certificação da ação e que podem ser resumidas pelo binômio "predominância-superioridade".

---

[64] Vide CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert. Op. Cit., p. 66/67 e KLONOFF, Robert H. Op. Cit., p. 77.

[65] Vide referência a esses casos em CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert. Op. Cit., p. 68/69.

[66] Vide KLONOFF, Robert H. Op. Cit., p. 84.

[67] Vide Regra 23 (b)(3), no original: *(b) Class Actions Maintainable. An action may be maintained as a class action if the prerequisites of subdivision (a) are satisfied, and in addition: (1)... (2) ... (3) the court finds that the questions of law or fact common to the members of the class predominate over any questions affecting only individual members, and that a class action is superior to other available methods for the fair and efficient adjudication of the controversy. The matter pertinent to the findings include: (A) the interest of members of the class in individually controlling the prosecution or defense of separate actions; (B) the extent and nature of any litigation concerning the controversy already commenced by or against members of the class; (C) the desirability or undesirability of concentrating the litigation of the claims in the particular forum; (D) the difficulties likely to be encountered in the management of a class action."*

[68] Art. 81, inciso III do Código de Defesa do Consumidor. Reconhecendo o paralelismo entre as ações de classe previstas na Regra 23(b)(3) das FRCP e a defesa coletiva de direitos individuais homogêneos, vide GRINOVER, Ada Pellegrini. Da *class action for damages*... Op. Cit., p. 187/188. No entanto, em sentido contrário, negando a similitude entre os dois institutos, vide ARAÚJO, Rodrigo Souza Mendes. A ação para a tutela dos interesses individuais homogêneos brasileiros: a *class action for damages* brasileira. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Coord.). *Processo civil coletivo*. Op. Cit., p. 696/719 (conclui que, apesar da identidade de objetos, a ação coletiva para a tutela dos interesses individuais homogêneos não se assemelha à *class action for damages* americana devido às diferenças no tocante aos pressupostos, à legitimidade, ao regime da coisa julgada e aos objetivos das duas espécies de ações).

O requisito da "predominância" é mais severo que a pura e simples existência de questões comuns à classe (*commonality*). Não basta que se demonstre haver questões de fato ou de direito do grupo como um todo, sendo indispensável ainda que predominem sobre as questões individuais envolvidas[69]. Caso contrário, o processo poderá se tornar um emaranhado de alegações, defesas e provas essencialmente individuais, arruinando o propósito de uma ação coletiva. Ou então, se não se atenta para as situações particulares dos membros da classe, poderá se transformar em uma forma de tutela injusta[70].

A análise da predominância, no entanto, tem gerado algumas divergências na prática. Embora seja entendimento majoritário que a resolução das questões comuns não precisa necessariamente encerrar o litígio, algumas cortes afirmam que o enfrentamento dessas questões coletivas deve pelo menos sinalizar o "início do fim" da controvérsia. Outras cortes entendem, de forma mais liberal, que o requisito da predominância está satisfeito se a resolução do conflito avança como um todo após a resolução das questões comuns. Por derradeiro, outros tribunais, seguindo as orientações contidas nas notas do Comitê Consultivo de 1966, se recusam a dar parâmetros apriorísticos, afirmando que a distinção deve sempre ser feita caso a caso[71].

A análise do segundo requisito (superioridade) é levada a efeito por um método comparativo com outros procedimentos no sistema processual norte-americano[72], o que pode envolver institutos de difícil compreensão para um leitor brasileiro. Por exemplo, uma única ação individual nos Estados Unidos pode eventualmente gerar efeitos contra terceiros[73], seja em razão do sistema de precedentes vinculativos (*stare decisis*) típico da *common law*, seja devido ao instituto da *collateral estoppel*[74]. Outras possibilidades desconhecidas no direito brasileiro são a utilização de um processo modelo (*test cases*), a

---

[69] Vide notas do Comitê Consultivo de 1966; CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert. Op. Cit., p. 152/153 e KLONOFF, Robert H. Op. Cit., p. 40.

[70] Vide MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Op. Cit., p. 91.

[71] Vide a discussão sobre o tema com referência aos julgados em CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert. Op. Cit., p. 156/174. Uma breve menção sobre o assunto, curiosamente sem referência a julgado nenhum, pode ser encontrada em KLONOFF, Robert H. Op. Cit., p. 88.

[72] Vide CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert. Op. Cit., p. 245/246 e KLONOFF, Robert H. Op. Cit., p. 93.

[73] Vide KLONOFF, Robert H. Op. Cit., p. 93.

[74] De uma forma geral, a coisa julgada no direito norte-americano, embora seja inspirada nos mesmos valores da coisa julgada no Brasil (segurança jurídica, estabilização dos conflitos, etc.), possui contornos bem mais amplos. Além disso, este instituto nos Estados Unidos possui uma construção basicamente jurisprudencial, praticamente não existindo leis que tratem especificamente sobre o tema. Nos Estados Unidos, o instituto da *former adjudication* inclui os conceitos de "preclusão de pretensões" (*res judicata* ou *claim preclusion*) e "preclusão de questões" (*collateral estoppel* ou *issue preclusion*). A "preclusão de pretensões" impede que as partes voltem a discutir as pretensões já levadas a cabo em um processo anterior. Por outro lado, o conceito de "preclusão de questões" (*issue preclusion* ou *collateral estoppel)* impede que as partes voltem a discutir todas as questões que foram passos necessários para se chegar à sentença proferida, sempre que essas questões tenham sido realmente discutidas e apreciadas no primeiro processo. Para o leitor brasileiro, o conceito pode ser entendido como uma espécie de "preclusão sobre questões prejudiciais". Vide, a respeito a coisa julgada no direito americano e sua comparação com o sistema no Brasil: GIDI, Antônio. *Las acciones colectivas...,* Op. Cit., p. 95/97 e GIDI, Antônio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 227/244. Sobre os contornos da *former adjudication* nos Estados Unidos, vide FRIEDENTHAL, Jack H. *et alli.* Op. Cit., p. 645/733 e, ainda, KANE, Mary Kay. *Civil procedure in a nutshell.* 5 ed. St. Paul: Thomson West., 2003, p. 215/241; FLEMING JR., James;. HAZARD JR., Geoffrey C.; LEUBSDORF, John. *Civil procedure.* 5 ed. New York: Foundation Press, 2001, p. 671/739 e YEAZELL, Stephen C. *Civil procedure.* 6 ed. New York: Aspen, 2004, p. 657/728.

consolidação de ações separadas para uma decisão judicial comum (*consolidation*) ou a transferência de todos os casos para uma única corte para processamento conjunto das ações (*multidistrict litigation*). Isso sem falar em outras possibilidades que certamente seriam melhor compreendidas, tais como o litisconsórcio ou a intervenção.

A verificação do binômio "predominância-superioridade" tem gerado inúmeras divergências na jurisprudência norte-americana. Discute-se, por exemplo, se o fato de se aplicarem diferentes leis aos integrantes de uma mesma classe de abrangência nacional afasta ou não a predominância das questões comuns sobre as individuais[75]. As cortes têm se dividido sobre o assunto. Alguns tribunais são mais restritivos, entendendo que esta circunstância afasta a predominância, enquanto que outras cortes são mais liberais, admitindo a *class action* desde que a diversidade de leis aplicáveis ao caso concreto não apresente obstáculos insuperáveis[76]. Embora a Suprema Corte já tenha manifestado uma certa preocupação sobre o tema no julgamento do caso *Amchem*[77], afirmando que este fato poderia influenciar uma decisão de certificação, a questão ainda não recebeu uma resposta definitiva.

Para as ações certificadas nesta categoria, o sistema de vinculação é diferente. Em primeiro lugar, após ser certificada a *class action*, a Regra 23 (c)(2)(B) das FRCP exige que seja dirigida uma comunicação aos membros do grupo, incluindo avisos individualizados a todos os que puderem ser identificados com razoável esforço[78]. Esta exigência pode, por vezes, acarretar custos insuportáveis para o autor da class action, especialmente quando estiverem em jogo os interesses de milhares ou mesmo milhões de pessoas espalhadas por diversos estados. A Suprema Corte já enfrentou a questão no polêmico julgamento do caso *Eisen*, que envolvia a notificação de mais de dois milhões de pessoas. A corte distrital determinou que se realizasse a comunicação individual de dois mil membros selecionados, cinco mil notificações a outros membros escolhidos de forma aleatória, além da publicação de editais nos jornais. A Suprema Corte rejeitou a possibilidade, sob o fundamento de que as cortes não estão autorizadas a mitigar os

---

[75] Cumpre lembrar que, no modelo federativo norte-americano, os estados possuem grande autonomia e podem legislar sobre diversas matérias. Eventualmente, uma classe pode abranger membros de vários estados, atraindo a incidência de leis diversas sobre a matéria de fundo discutida na *class action*. No julgamento do caso *Shutts*, a Suprema Corte decidiu que não se pode aplicar uma única lei estadual (no caso, a lei do estado de Kansas, onde tramitou originalmente a ação) a todos os membros indistintamente, mesmo que eles estejam domiciliados fora do estado, sob pena de violação ao devido processo legal. Vide *Phillips Petroleum Co. v. Shutts,* 472 U.S. 797, 105 S. Ct., 2965, 86 L.Ed.2d 628 (1985). O caso *Shutts* é bastante comentado pela doutrina norte-americana. Vide, por exemplo, a transcrição de trechos da decisão da Suprema Corte neste julgamento e comentários em KLONOFF, Robert H.; BILICH, Edward K. M; MALVEAUX, Suzette M. Op. Cit., p. 481/492.

[76] Compare, por exemplo, as decisões proferidas no caso *Castano v. American Tobacco*, 84 F.3d 734 (5th Cir. 1996) (*"in a multi-state class action, variations in state-law may swamp any common issues and defeat predominance."*) com a decisão proferida em *"Albuterol" Product Liability Litigation*, 161 F.R.D. 456 (D.Wyo., 1995) (*"Because of these facts, many of the 'nuances' in state negligence and products liability laws may be irrelevant in this case. (...) [I]f an individual state's law is at variance with the general law on a relevant point of law, its residents may be removed from the class."*).

[77] Vide *Amchem Products, Inc. v. Windsor*, 521 U.S. 591 (1997).

[78] Vide Regra 23 (c)(2)(B) das FRCP, no original: "*For any class certified under Rule 23 (b)(3), the court must direct to class members the best notice practicable under the circumstances, including individual notice to all members who can be identified through reasonable effort. ...".* Observe-se que o texto utiliza o vocábulo "*must*", indicando obrigatoriedade da comunicação.

requisitos previstos nas FRCP. Se o autor não suportar os custos dessas notificações, então não restará outra alternativa, senão abrir mão da class action[79].

As comunicações enviadas aos integrantes do grupo possuem dupla finalidade. A primeira delas é informar sobre a existência da class action. O segundo propósito é permitir o exercício do direito de exclusão (*opt-out rights*). Para as ações certificadas na seção (b)(3), ao contrário do que ocorre com as demais categorias previstas na Regra 23, é permitido aos membros da classe requererem sua exclusão da ação coletiva, observado o prazo fixado pelo juiz[80]. Se o membro da classe exerce o *opt-out* dentro do prazo, ele não estará sujeito aos efeitos da coisa julgada coletiva, pouco importando se a decisão for favorável ou não à classe. Caso contrário, na ausência de manifestação expressa do indivíduo, ele estará vinculado ao resultado da *clss action*.

3. A última reforma processual: o *Class Action Fairness Act* (CAFA)

Durante vários anos, tramitou no Congresso dos Estados Unidos uma proposta que realizaria profundas reformas nas *class actions*. Em quatro oportunidades, o projeto chegou a ser aprovado na Câmara dos Deputados, mas não conseguia passar no Senado, onde o Partido Democrata permanecia com maioria. Nas eleições de 2004, o quadro se alterou e o Partido Republicano conseguiu prevalecer também no Senado. Em janeiro de 2005, a proposta foi aprovada pelas duas casas legislativas e submetida ao Presidente George W. Bush, que sancionou a lei em 18 de fevereiro daquele ano: estava aprovado o *Class Action Fairness Act* (CAFA) de 2005[81].

A promulgação do CAFA teve o declarado objetivo de coibir certos abusos nas *class actions* que foram observados nas últimas décadas, principalmente no que tange à certificação indevida de ações coletivas em determinadas cortes estaduais, que estariam sendo parciais em favor da classe, e à fixação abusiva de honorários advocatícios[82]. Alguns autores mais céticos, no entanto, sustentam que a reforma foi

---

[79] Vide *Eisen v. Carlisle & Jacquelin*, 417 U.S. 156, 94 S.Ct. 2140, 40 L.Ed.2d 732 (1974). O julgamento do caso *Eisen* é um dos mais polêmicos e questionados na doutrina norte-americana. Vide, por exemplo, os questionamentos em KLONOFF, Robert H.; BILICH, Edward K. M; MALVEAUX, Suzette M. Op. Cit., p. 440/441.

[80] Geralmente, o prazo fixado pelos tribunais americanos para o exercício do direito de exclusão varia de trinta a sessenta dias. Após esgotado esse prazo, o direito de *opt-out* poderá ainda ser admitido segundo critérios discricionários do juiz, que normalmente exige a apresentação de motivos razoáveis para relevar o fim do prazo ajustado. Vide KLONOFF, Robert H. Op. Cit., p. 156.

[81] Vide referências à tramitação legislativa do CAFA em BEISNER, John; MILLER, Jessica Davidson. Litigating in the new class action world: a guide to CAFA's legislative history. In: *Class Action Litigation Report* (BNA), n. 6, 2005, p. 403 e segs. John Beisner é um conhecido advogado nos Estados Unidos, que atua principalmente na defesa de grandes empresas nas *class actions* e esteve envolvido nas discussões no Congresso norte-americano, que culminaram com a aprovação do CAFA.

[82] Vide, a propósito, o que dispõe a Seção 2 do CAFA: *"(2) Over the past decade, there have been abuses of the class action device that have: (A) harmed class members with legitimate claims and defendants that have acted responsibly; (B) adversely affected interstate commerce; and (C) undermined public respect for our judicial system. (3) Class members often receive little or no benefit from class actions, and are sometimes harmed, such as where: (A) counsel are awarded large fees, while leaving class members with coupons or other awards of little or no value; (B) unjustified awards are made to certain plaintiffs at the expense of other class members; and (C) confusing notices are published that prevent class members from being able to fully understand and*

apenas o resultado da influência exercida sobre os Poderes Executivo e Legislativo pelas grandes empresas nos Estados Unidos, com o objetivo de criar novas restrições às *class actions* e frustrar a tutela de interesses coletivos[83]. Seja como for, as alterações promovidas pelo CAFA têm gerado amplas discussões na doutrina e jurisprudência nos últimos meses[84], tanto com relação ao significado de algumas de suas complexas disposições, como também quanto às conseqüências a serem observadas no futuro devido à aprovação da reforma[85].

Apesar da importância da reforma aprovada em 2005, não houve alterações na Regra 23 das FRCP. As modificações foram inseridas apenas no *United States Code*. A explicação para isto é simples. As *Federal Rules*, como visto[86], se constituem em regras de processo civil exclusivamente no âmbito da Justiça Federal, editadas pela Suprema Corte e submetidas à aprovação do Congresso. O principal objetivo do CAFA era coibir determinados abusos observados em algumas cortes estaduais. Logo, não seria possível alcançar este resultado através de alterações em uma norma que regulamenta a Justiça Federal apenas, sendo indispensável inserir a modificação em lei nacional, que pudesse criar direitos e obrigações também no âmbito dos Estados-membros[87].

---

effectively exercise their rights. (4) Abuses in class actions undermine the national judicial system, the free flow of interstate commerce, and the concept of diversity jurisdiction as intended by the framers of the United States Constitution, in that State and local courts are: (A) keeping cases of national importance out of Federal court; (B) sometimes acting in ways that demonstrate bias against out-of-State defendants; and (C) making judgments that impose their view of the law on other States and bind the rights of the residents of those States."

[83] Vide, por exemplo, KANNER, Allan. Interpreting the Class Action Fairness Act in a truly fair manner. In: *Tulane Law Review*, v. 80, n. 5 & 6, June 2006, p. 1659 (o autor afirma que, de acordo com o relatório divulgador por uma associação de defesa dos direitos do consumidor, nos anos de 2000 a 2002, as cem maiores empresas e as associações ligadas a elas enviaram 475 lobistas a Washington para promover os projetos de reforma de *class actions* alinhados aos interesses empresariais) O relatório citado neste artigo, intitulado *Unfairness incorporated: the corporate campaign against consumer class actions*, com 94 páginas de informações sobre doações de grandes empresas para políticos e viagens de lobistas, pode ser encontrado em www.citizen.org/documents/ACF2B13.pdf (acessado em 11 de agosto de 2007).

[84] Apenas para se ter uma idéia, em um artigo discorrendo sobre a aprovação de acordos nas *class actions* publicado cerca de um ano e meio após a promulgação do CAFA, Robert H. Klonoff e Mark Herrmann relacionam nada menos do que quarenta e três trabalhos em revistas especializadas sobre o assunto, mais oito artigos publicados em jornais de grande circulação. Vide KLONOFF, Robert H.; HERMANN, Mark. The Class Action Fairness Act: an ill-conceived approach to class settlements. In: *Tulane Law Review*, v. 80, n. 5 & 6, June 2006, p. 1696/1697. Evidentemente, um ano após a publicação desse trabalho, a relação das principais obras doutrinárias sobre o CAFA seria ainda maior. Para não tornar cansativa a leitura do presente estudo, será evitada a utilização excessiva de citações bibliográficas nesta matéria.

[85] Existe um estudo ainda em curso nos Estados Unidos sobre as conseqüências a serem verificadas pela aprovação do CAFA, promovido pelo *Federal Judicial Center*, sob a coordenação de Thomas E. Willging e Emery Lee. O estudo já divulgou três relatórios, sinalizando um previsível aumento do número de *class actions* ajuizadas ou transferidas para a Justiça Federal, um dos principais objetivos da reforma. Ainda não foram abordados, entretanto, outros impactos decorrentes da promulgação do CAFA, que serão objeto da próxima fase do estudo, tais como o percentual de ações admitidas antes e depois da reforma, o número de acordos aprovados ou o tempo médio de duração do processo. Vide a relação dos relatórios em www.fjc.gov/library/fjc_catalog.nsf/bysubjectfrm?openform&category=Class+Action+Litigation (acesso em 11 de agosto de 2007).

[86] Vide nota de rodapé 11 *supra*.

[87] Para um leitor brasileiro, devido ao modelo federativo com poderes e competências concentrados no ente central (União Federal), é um pouco difícil compreender a distinção entre lei federal (que alcançam apenas as pessoais e instituições vinculadas ao ente central) e lei nacional (que alcançam todas as pessoas no território nacional). De todo o modo, a doutrina pátria também admite esta diferenciação, conforme se verifica, entre

Em apertada síntese, as alterações promovidas pelo CAFA podem ser divididas em duas grandes partes[88].

O primeiro conjunto de modificações inseridas no corpo do *United States Code* (USC) está relacionado à competência para as *class actions*. No direito norte-americano, assim como ocorre no Brasil, a competência da Justiça Estadual é residual. A Justiça Federal nos dois países somente tem competência em determinados casos específicos. A diferença está nas hipóteses que ensejam a competência das cortes federais nos Estados Unidos, que são as seguintes: a) causas envolvendo a interpretação e a aplicação de lei federal, entendida esta como a Constituição e as leis promulgadas pelo Congresso norte-americano (*subject-matter jurisdiction*)[89] e b) litígios envolvendo autor e reú de estados diferentes (*diversity-of-citizenship jurisdiction*).

A aprovação do CAFA introduziu alterações relevantes no conceito de *diversity of citizenship* especialmente para as *class actions*. O entendimento da Suprema Corte sempre foi no sentido de que, para haver competência das cortes federais, era necessário que todos os autores fossem de estados diferentes de todos os réus na ação[90]. Para as ações coletivas, exigia a Suprema Corte que apenas os representantes da classe fossem de estados diferentes de todos os réus[91]. Ainda assim, era muito simples para o autor da *class action* evitar a competência da Justiça Federal: bastaria escolher um representante da classe que fosse do mesmo estado que algum dos réus.

A competência da Justiça Federal ainda encontrava um outro obstáculo. É que a regra da competência federal por diversidade de estado das partes envolvidas somente se aplicava para causas acima de determinado valor[92]. Para as *class actions*, a restrição era ainda mais evidente, porque a Suprema Corte não admitia a agregação dos pedidos formulados coletivamente pelos representantes da classe[93]. Posteriormente, a Suprema Corte ainda explicitou que os membros ausentes cuja pretensão não alcançasse o valor mínimo não poderiam integrar a classe, ainda que todos os seus representantes

---

outros, em OLIVEIRA, Régis Fernandes de; HORVATH, Estevão. *Manual de direito financeiro.* 5 ed. São Paulo: RT, 2002, p. 27.

[88] Para uma leitura panorâmica a respeito das alterações promovidas pelo CAFA, recomendamos a leitura de VAIRO, Georgene M. *Class Action Fairness Act of 2005:* a review and preliminary analysis. Newark and San Francisco: LexisNexis, March 2005 e VANCE, Sarah. A primer on the Class Action Fairness Act of 2005. In: *Tulane Law Review*, v. 80, n. 5 & 6, June 2006, p. 1618/1643.

[89] Em um modelo centralizador como o brasileiro, esta hipótese de competência certamente deslocaria a maior parte dos litígios para a Justiça Federal. O mesmo não ocorre nos Estados Unidos, onde os estados possuem ampla competência legislativa. Cumpre notar que a utilização do termo *jurisdiction* (jurisdição) nos livros de processo civil norte-americanos, em vez de *competence* (competência), dá uma dimensão da ampla autonomia existente no modelo federativo americano. A propósito, os autores americanos também não falam em autonomia dos estados, mas sim em *sovereignty* (soberania). Vide, por exemplo, os termos utilizados em FRIEDENTHAL, Jack H. *et alii*. Op. Cit., p. 15 (*"federal-question jurisdiction*") e KANE, Mary Kay. Op. Cit., p. 31 (*"state sovereignty over real property within a given state's borders"*).

[90] Vide *Strawbridge v. Curtiss*, 7 U.S. (3 Chanch) 265 (1806). A regra que estabelece a competência da Justiça Federal pela *diversity-of-citizenship* está prevista hoje no Título 28, Seção 1332 do USC.

[91] Vide *Supreme Tribe of Bem-Hur v. Cauble*, 255 U.S. 356 (1921).

[92] O valor de alçada estabelecido no USC era de dez mil dólares até 1981, quando então a lei foi alterada, elevando o limite mínimo para setenta e cinco mil dólares.

[93] Vide *Snyder v. Harris*, 394 U.S. 332 (1969).

na *class action* tivessem interesse superior ao valor estabelecido na lei[94]. A interpretação criava a possibilidade inusitada de tramitação paralela de duas *class actions* idênticas: uma na Justiça Federal, para os membros cuja pretensão alcançasse o valor mínimo, e outra na Justiça Estadual, para os demais integrantes da classe[95].

A aprovação do CAFA introduziu profunda alteração nas regras então vigentes. Sem afastar as normas tradicionais estabelecidas pela jurisprudência da Suprema Corte, inclusive para as *class actions*, as novas regras estabelecem que a Justiça Federal será competente desde que: a) a classe abranja mais que cem pessoas; b) pelo menos um dos integrantes do grupo seja de estado diferente de qualquer um dos réus; c) o valor total da pretensão, coletivamente considerada, seja superior a cinco milhões de dólares[96].

Outras alterações importantes nesta matéria foram introduzidas pelo CAFA. Em primeiro lugar, a regra tradicional sempre foi que, para o réu conseguir remover uma ação indevidamente em curso na Justiça Estadual, ele deveria obter o consentimento dos demais réus e deveria fazê-lo em até um ano do seu ajuizamento. O CAFA permite que o réu remova uma *class action* para a Justiça Federal sem necessidade de concordância dos demais réus e após o limite de um ano do ajuizamento. Além disso, o CAFA ainda garante o direito de remover a ação para a Justiça Federal mesmo para aqueles réus que são do próprio estado onde tramita a ação coletiva, possibilidade inexistente no regime tradicional estabelecido para os demais casos[97].

Evidentemente, as novas regras de competência levariam a grande maioria das *class actions* para a Justiça Federal, exceto naqueles casos em que a classe fosse muito restrita[98]. Não é difícil imaginar uma ação coletiva com mais de cem pessoas envolvidas de estados diferentes. O único requisito que, à primeira vista, revela alguma dificuldade para ser atingido em uma *class action* parece ser o valor mínimo da pretensão coletiva de cinco milhões de dólares. Ainda assim, ao que tudo indica, um considerável número de ações será removido ou ajuizado na Justiça Federal dos Estados Unidos, fato este que já foi detectado nos primeiros relatórios do *Federal Judicial Center*[99].

Para impedir que determinadas ações que envolvessem o interesse predominante de um estado fossem parar da Justiça Federal[100], o que poderia gerar

---

[94] Vide *Zahn v. International Paper Co.*, 414 U.S. 291, 301 (1973).

[95] ROWE JR., Thomas D. 1367 and all that: recodifying federal supplemental jurisdiction. In: *Indiana Law Journal*, v. 74, 1998, p. 62/63.

[96] Vide Título 28, Seção 1332, alínea (d) do USC.

[97] Vide Título 28, Seção 1453 do USC e KLONOFF, Robert H.; BILICH, Edward K. M.; MALVEAUX, Suzette M. Op. Cit., p. 543/544.

[98] No mesmo sentido: SHERMAN, Edward F. Class actions after the Class Action Fairness Act of 2005. In: *Tulane Law Review*, v. 80, n. 5 & 6, June 2006, p. 1596. Em sentido contrário, porém, MULLENIX, Linda S.; RHEINGOLD, Paul D. Class actions: impact of Class Action Fairness Law. In: *New York Law Journal*, n. 231, March 2005 (sustentam que, apesar da grande especulação na imprensa, a maior parte das *class actions* não será removida para a Justiça Federal devido às exceções previstas em lei).

[99] Vide nota de rodapé 84 *supra.*

[100] Segundo John Beisner e Jessica Miller, o propósito do CAFA foi atribuir competência à Justiça Federal para assuntos de interesse interestadual e nacional, enquanto que os litígios coletivos envolvendo matérias de interesse meramente local permaneceriam nas justiças dos estados. Vide BEISNER, John; MILLER, Jessica

questionamentos quanto à constitucionalidade do CAFA em um modelo federativo descentralizado como o dos Estados Unidos[101], foram previstas exceções à competência das cortes federais. Em apertada síntese, as exceções são as seguintes: a) *home-state exception*, se pelo menos dois terços dos membros da classe forem do estado onde se encontra a ação e, ainda, se os "réus primários"[102] da ação também forem cidadãos desse mesmo estado, e; b) *local controversy exception*, se pelo menos dois terços dos integrantes forem do estado onde está a ação, se pelo menos um dos réus for cidadão desse mesmo estado, cuja conduta for responsável por parcela significante da causa de pedir e contra quem for formulada uma parte significativa do pedido, se os principais danos[103] ocorreram no mesmo estado em que está a ação coletiva e, finalmente, se nenhuma ação semelhante foi ajuizada nos últimos três anos. Preenchidas as condições previstas para uma dessas exceções, a Justiça Federal não poderá processar e julgar a *class action*[104].

Além disso, a Justiça Federal ainda poderá declinar de sua competência, segundo critérios discricionários, desde que: a) mais que um terço e menos que dois terços dos integrantes do grupo sejam cidadãos do estado em que se encontra a ação coletiva; b) os "réus primários" sejam desse mesmo estado. Na análise da competência, o juiz federal deverá levar em consideração uma série de cirsunstâncias, tais como a presença ou não de assuntos de interesse nacional, se os pedidos formulados serão regulados pela lei do próprio estado onde a ação foi originalmente ajuizada, se o número de membros que são cidadãos do estado é substancialmente maior que o de outros estados, entre outros[105]. Um estudo mais detalhado a respeito das exceções previstas no CAFA ultrapassaria em muito o objeto do presente estudo.

A principal razão para se concentrar as maiores *class actions* na Justiça Federal é que, segundo o entendimento declarado do Congresso, os juízes federais estariam mais aptos a certificar as ações de forma criteriosa, afastando os abusos cometidos nas cortes estaduais[106]. Alguns autores, porém, sustentam que a aprovação do CAFA representa uma séria ameaça à tutela dos direitos coletivos[107], baseados na convicção de que os juízes federais serão mais restritivos às *class actions*. Não se

---

Davidson. A section-by-section review of the Class Action Fairness Act. In: *Product Safety & Liability Reporter*, v. 33, 2005, p. 239/240.

[101] No mesmo sentido: VAIRO, Georgene M. Op. Cit., p. 23.

[102] O conceito de réus primários (*primary defendants*) não está definido no CAFA. Vide a discussão sobre os seus possíveis significados em SHERMAN, Edward F. Op. Cit., p. 1598/1599.

[103] As expressões *significant relief* (parcela significativa do pedido) e *principal injuries* (principais danos) também não estão definidas no CAFA.

[104] Vide KLONOFF, Robert H.; BILICH, Edward K. M.; MALVEAUX, Suzette M. Op. Cit., p. 541/542.

[105] A lista completa dos fatores que devem ser considerados pela Justiça Federal se encontra no Título 28, Seção 1332, alínea (d)(3), itens (A) a (F) do USC.

[106] Vide Seção 2 do CAFA, transcrita parcialmente na nota de rodapé 81 *supra.*

[107] A expressão mais apropriada – e que provavelmente seria melhor compreendida pelo leitor brasileiro – seria "direitos transindividuais". Todavia, este termo não é utilizado nos livros americanos. Sustentando que a aprovação do CAFA introduz restrições indevidas para as *class actions*, vide KANNER, Allan. Op. Cit., p. 1654/1655 (sustenta que é muito mais difícil certificar uma ação coletiva na Justiça Estadual, que as cortes federais se encontram abarrotadas de processos, aumentando a demora na entrega da prestação jurisdicionais e que os juízes federais enfrentam dificuldades para aplicar as leis estaduais na resolução de litígios, especialmente naqueles casos em que a tese jurídica ainda não foi apreciada nas cortes estaduais).

encontraram, infelizmente, dados estatísticos confiáveis para saber quem está com a razão[108].

A jurisprudência americana já enfrenta as primeiras discussões sobre a matéria. A primeira grande divergência que se instaurou diz respeito a uma norma aparentemente clara, que determina a aplicação das novas regras para as *class actions* iniciadas a partir do dia 18 de fevereiro de 2005[109]. Como o processo civil americano permite que o autor emende a petição inicial de forma muito mais ampla que no Brasil[110], inclusive para acrescentar novos pedidos e incluir novos réus após a contestação, questionou-se se tais emendas representariam ou não o início de uma nova ação, mesmo que a *class action* tivesse sido ajuizada antes de 18 de fevereiro de 2005, para fins de aplicação das novas regras de competência do CAFA[111].

O entendimento predominante, firmado no julgamento do caso *Knudsen*[112], é que a emenda somente representará o início de uma nova ação se for incluído um outro réu no pólo passivo da *class action* ou, ainda, se ela representar uma causa de pedir suficientemente distinta, de tal modo que as cortes a tratem de forma independente para fins de prescrição ou decadência (*limitations purposes*)[113]. De forma

---

[108] Compare, por exemplo, o relatório da associação de defesa do consumidor Public Citizen, *Unfairness incorporated: the corporate campaign against consumer class actions* (vide nota 82 *supra*), segundo o qual seria duas vezes mais difícil certificar uma *class action* na Justiça Federal, com o artigo publicado por Thomas E. Willging e Shannon R. Wheatman, dois pesquisadores do *Federal Judicial Center*, em que se apurou que 22% das causas removidas para a Justiça Federal foram certificadas, enquanto que 20% das *class actions* removidas para as cortes federais e devolvidas para a Justiça Estadual foram admitidas como tal (variação estatisticamente insignificante). Vide WILLGING, Thomas E.; WHEATMAN, Shannon R. Attorney choice of forum in class action litigation: what difference does it make? In: *Notre Dame Law Review*, v. 81, n. 2, 2006, p. 635. Aparentemente, existe um certo exagero em afirmar genericamente que as Justiças Estaduais são parciais ou mesmo favoráveis à classe. O que o estudo de Thomas E. Willging e Shannon Wheatman aponta é que, em alguns estados específicos (como Illinois), o percentual de ações removidas pelos réus é proporcionalmente maior que o percentual nacional de casos encerrados. Este fato pode indicar que algumas cortes estaduais são mais favoráveis que outras às *class actions*, reforçando a crítica de alguns autores que qualificam determinadas cortes especialmente a de Madison County, Illinois como verdadeiros "infernos judiciários" para os réus (*judicial hellholes*). Vide as críticas em BEISNER, John; MILLER, Jessica Davidson. Class action magnet courts: the allure intensifies. In: *Civil Justice Report*, n. 5, July 2002, disponível em www.manhattan-institute.org/pdf/cjr_05.pdf (acessado em 11 de agosto de 2007).

[109] Vide Seção 9 do CAFA:"The amendments made by this Act shall apply to any civil action commenced on or after the date of enactment of this Act."

[110] Vide FRIEDENTHAL, Jack H. *et alii*. Op. Cit., p. 321 e segs. Na Justiça Federal, o autor pode sempre emendar a petição inicial antes da contestação. Após a contestação, ele deve pedir permissão à corte, que pode ou conceder a permissão. No entanto, raramente um juiz rejeita o pedido de emenda, especialmente se ele é formulado nas fases iniciais do processo. Normalmente, o pedido somente não será deferido pelo juiz se ficar demonstrado que a emenda acarretará prejuízos à parte contrária.

[111] Segundo um estudo publicado em 2006, mais da metade dos julgados envolvendo a interpretação do CAFA no primeiro ano de sua vigência envolviam esta controvérsia. Vide TALATI, Ashish R. The Class Action Fairness Act of 2005: changing the class action landscape circuit by circuit. In: *Food & Drug Law Journal*, v. 61, 2006, p. 563.

[112] Vide *Knudsen v. Liberty Mutual Insurance Co.*, 411 F.3d 805 (7th Cir. 2005).

[113] O direito norte-americano desconhece a distinção que se faz no Brasil entre prescrição e decadência. Nos Estados Unidos, o instituto que regula o prazo para uma pretensão ser veiculada em juízo é chamado de *statute of limitations*. De acordo com a Regra 15 das FRCP, se a emenda realizada na petição inicial ou na defesa decorrer da mesma conduta, transação ou ocorrência relacionada na petição original, considera-se a emenda realizada na data em que foi apresentada a petição original (*relation-back doctrine*) para fins de contagem do prazo da *statute of limitations*.

contrária, caso a emenda não apresente uma causa de pedir independente, ela será considerada realizada na data da petição originária, não sendo aplicáveis as normas contidas no CAFA[114]. No entanto, alguns julgados rejeitaram expressamente esta interpretação[115].

Uma segunda questão que tem gerado forte controvérsia na jurisprudência diz respeito ao ônus da prova: qual das partes tem a obrigação de demonstrar que estão ou não preenchidos os requisitos previstos no CAFA? Alguns requisitos, especialmente o número de membros da classe e o valor total da pretensão, coletivamente considerada, podem não ser conhecidos, principalmente nas fases iniciais do processo. Por exemplo, caso não se tenha condições de aferir no início da *class action* o número de integrantes do grupo e o valor do objeto litigioso, como será definida a corte competente?

A regra tradicional no direito americano sempre foi interpretar restritivamente as regras de competência da Justiça Federal. Conseqüentemente, as cortes atribuíam o ônus da prova à parte interessada em remover a ação para as cortes federais, normalmente o réu[116]. A história legislativa do CAFA, no entanto, indica o intuito do Congresso ou de pelo menos alguns senadores, em inverter o ônus da prova, expandindo a competência da Justiça Federal[117]. Não foi incluída no texto aprovado, contudo, nenhuma norma expressa nesse sentido.

As cortes americanas têm divergido quanto a esta questão. Inicialmente, alguns julgados afirmaram que o CAFA invertia o ônus da prova contra a parte interessada em devolver a ação para a Justiça Estadual[118]. Ao que parece, no entanto, o entendimento majoritário da jurisprudência nos dias de hoje é no sentido de que o CAFA não alterou o ônus da prova nesta matéria e que, se assim desejasse o Congresso, deveria ter sido aprovada lei expressa a este respeito[119]. Considerando, entretanto, a

---

[114] No mesmo sentido, utilizando a *relation-back doctrine* para verificar se a emenda pode ser considerada ou não um novo começo da *class action*: *Prime Care of Northeast Kan., LLC v. Humana Ins. Co.*, 447 F.3d 1284 (10th Cir. 2006); *Braud v. Trans. Serv. Co.*, 445 F.3d 801 (5th Cir. 2006); *Plubell v. Merck & Co.*, 434 F.3d 1070 (8th Cir. 2006).

[115] Vide *McAtee v. Capitol One, FSB*, 479 F.3d 1143 (9th Cir. 2007) e *Progressive West Insurance Co. v. Preciado*, 2007 WL 725717 (9th Cir. 2007) (a ação tem início somente quando é ajuizada; a *relation-back doctrine* é utilizada apenas para evitar a expiração de prazos prescricionais, não para assegurar às partes os benefícios de um determinado regime jurídico); *Weekley v. Guidant Corp.*, 388 F.Supp.2d 1066 (E.D. Ark. 2005) (sustentando que, por definição, uma emenda somente pode ser feita em uma ação já iniciada) e *Comes v. Microsoft Corp.,* 403 F.Supp.2d 897 (S.D. Iowa 2005) (afirmando que, se o Congresso tivesse a intenção de aplicar as regras do CAFA para as *class actions* em curso, teria aprovado lei expressa nesse sentido). Vide discussão sobre o tema, inclusive com referência a outros julgados, no artigo de GARNER, James M. Congressional welcome to federal court – the Class Action Fairness Act: has the party just begun? In: *Tulane Law Review*, v. 80, n. 5 & 6, June 2006, p. 1669/1694.

[116] Vide GARNER, James M. Op. Cit., p. 1687.

[117] Vide, por exemplo, a seguinte passagem do *Senate Report*, n. 109-14, 2005, p. 44: *"As noted above, it is the intent of the Comitee that the named plaintiff(s) should bear the burden of demonstrating that a case shpuld be remanded to state court (e.g., the burden of demonstrating that more than two-thirds of the proposed class members are citizens of the forum state)."*

[118] Vide, entre outros, *Harvey v. Blockbuster, Inc.*, 384 F.Supp.2d 749 (D.N.J. 2005); *Natale v. Pfizer, Inc.*, 379 F.Supp.2d 161 (D. Mass. 2005), *aff'd on other grounds*, 424 F.3d 43 (1st Cir. 2005).

[119] Vide, entre outros, *Abrego Abrego v. The Dow Chemical Co.*, 443 F.3d 676 (9th Cir. 2006); *Brill v. Countrywide Home Loans, Inc.*, 427 F.3d 446 (7th Cir. 2005); *Morgan v. Gay*, 471 F.3d 469 (3d Cir. 2006) e

jurisprudência da Suprema Corte segundo a qual, uma vez preenchidos os requisitos para estabelecer a competência da Justiça Federal, o ônus de provar que o caso se encaixa em uma exceção à regra incumbe à parte interessada em devolver o processo para as cortes estaduais[120], tem se entendido majoritariamente que o ônus de demonstrar as exceções previstas no CAFA deve ser atribuído ao representante da classe que ingressou com a ação[121]. Ainda não há, todavia, uma resposta definitiva sobre o assunto.

As novas regras de competência estabelecidas no CAFA são bastante complexas. Como se não bastasse, ainda há uma regra que, aparentemente, possui erro material em sua redação. A norma estabelece, de forma inusitada, que qualquer das partes que quiser apresentar recurso contra a decisão da corte federal que deferir ou não a devolução da *class action* para a Justiça Estadual deverá fazê-lo em não *menos* (e não mais) do que sete dias[122]. Uma interpretação literal da regra implicaria na possibilidade de recurso a qualquer momento, observado o período mínimo de espera de sete dias. Algumas cortes têm entendido que a norma possui evidente erro material e interpretam a expressão *not less* (não menos) como se tivesse o significado da expressão oposta *not more*[123]. Porém, alguns juízes, rejeitam esta interpretação, porque o Judiciário não pode se substituir ao Legislativo e entender que uma norma quer dizer o contrário do que se encontra escrito em um texto aprovado pelo Congresso[124].

Ao que tudo indica, teremos anos e mais anos de discussões na jurisprudência americana acerca da correta interpretação das regras de competência do CAFA[125].

O segundo grupo de regras inseridas no CAFA, igualmente polêmicas, constitui o chamado *Consumer Bill of Rights* que, em apertada síntese, estabelece o seguinte: a) a aprovação dos chamados *coupon settlements* (ou seja, acordos em que os membros da

---

Miedema v. Maytag Corp., 450 F.3d 1322 (11th Cir. 2006). Como se pode ver, este entendimento já está firmado em quatro cortes de apelação da Justiça Federal dos Estados Unidos.

120 Vide *Breuer v. Jim's Concrte of Brevard, Inc.*, 538 U.S. 691 (2003).

121 Vide *Evans v. Walter Indus., Inc.*, 449 F.3d 1159 (11th Cir. 2006); *Frazier v. Pioneer Ams., LLC,* 455 F.3d 542 (5th Cir. 2006); *Hart v. FedEx Ground Package Sys., Inc.*, 457 F.3d 675 (7th Cir. 2006).

122 Vide a regra no Título 28, Seção 1453, alínea (c) do USC, no original: *"(c) REVIEW OF REMAND ORDERS: (1) IN GENERAL- Section 1447 shall apply to any removal of a case under this section, except that notwithstanding section 1447(d), a court of appeals may accept an appeal from an order of a district court granting or denying a motion to remand a class action to the State court from which it was removed if application is made to the court of appeals not less than 7 days after entry of the order."* (grifo nosso)

123 Vide *Pritchett v. Office Depot*, 420 F.3d 1090 (10th Cir. 2005) (afirma ter havido um erro tipográfico no texto aprovado, sendo a intenção do Congresso dizer o contrário). No mesmo sentido: *Morgan v. Gay*, 471 F.3d 469 (3d Cir. 2006); *Miedema v. Maytag Corp.*, 450 F.3d 1322 (11th Cir. 2006*); Amalgamated Transit Union v. Laidlaw Transit Services, Inc*., 435 F.3d 1140 (9th Cir. 2006).

124 Vide, por exemplo, o voto dissidente do juiz Bybee *em Amalgamated Transit Union v. Laidlaw Transit Services, Inc.*, 448 F.3d 1092 (9th Cir. 2006) (decisão que rejeitou o rejulgamento do caso *Amalgamated* referido na nota acima pelo órgão pleno da Corte de Apelações do 9º Circuito). Em seu voto dissidente, o juiz Bybee acusa seus pares de abuso de poder judicial, ao simplesmente substituírem um texto aprovado pelo Congresso pela história legislativa do CAFA. Para uma ampla discussão sobre o tema, vide o artigo de STEINMAN, Adam. 'Less' is 'more'? Textualism, intentionalism and a better solution to the Class Action Fairness Act´s Appellate Deadline Riddle. In: *Iowa LawReview*, v. 92, n. 4, 2007, p. 1183/1240.

125 No mesmo sentido, MULLENIX, Linda S.; RHEINGOLD, Paul D. Op. Cit. (*"we are about to embark on at least a decade of collateral litigation arising from appellate review of remand orders."*).

classe não recebem uma indenização do réu, mas sim produtos e serviços seus) depende de uma audiência e de decisão do juiz, reconhecendo expressamente que a proposta se apresenta justa, razoável e adequada[126]; b) os honorários advocatícios, neste caso, serão fixados em um percentual sobre o valor dos cupons (produtos e serviços) efetivamente utilizados pelos membros da classe, e não pelo valor meramente disponibilizado pelo réu[127]; c) os acordos que impliquem em prejuízos patrimoniais aos integrantes do grupo (*net loss settlements*) somente poderão ser aprovados se a corte decidir expressamente que os benefícios não-precuniários se apresentam substancialmente superiores à perda patrimonial[128]; d) proibição de acordos que impliquem em indevida discriminação geográfica em favor dos membros que residam mais próximos da corte[129] e, finalmente, e) obrigação do réu em notificar certos órgãos públicos estaduais e federais de qualquer proposta de acordo apresentada, sob pena de desvinculação dos membros da classe, em caso de aprovação[130].

Ao contrário do que ocorre com as novas regras de competência do CAFA, ainda não se observam na jurisprudência grandes debates acerca do chamado *Consumer Bill of Rights*[131]. No entanto, isso deve ser uma questão de tempo, porque muitas de suas disposições são ambíguas, imprecisas ou simplesmente incapazes de cumprir o objetivo para o qual foram elaboradas. Os autores norte-americanos já começaram a discutir o alcance e interpretação de determinados dispositivos.

A primeira medida no CAFA, como visto, foi exigir que a aprovação dos *coupon settlements* se realizasse mediante audiência prévia e decisão judicial reconhecendo que a proposta se afigura justa, razoável e adequada. O grande problema aqui é que o CAFA não definiu o termo *coupon settlements*. Embora se saiba que se tratam de acordos em que os membros do grupo recebem benefícios não-pecuniários da parte contrária, alguns casos apresentarão dificuldades, ensejando disputas sobre a aplicabilidade ou não dessa norma específica[132]. Será que, por exemplo, que pequenos créditos nas contas correntes dos clientes de um banco configura um *coupon settlement*? E se o acordo dispuser que os integrantes do grupo receberão milhagens de uma companhia aérea, que podem ser transferidas para terceiros (e, portanto, convertidas em dinheiro), seria ainda assim um acordo sujeito a este tipo de restrição?[133]

A segunda medida, intrinsecamente relacionada com a primeira, estabelece que, nos *coupon settlements*, os honorários de advogado devem ser fixados em percentual

---

[126] Vide Título 28, Seção 1712 (e) do USC.

[127] Vide Título 28, Seção 1712 (a) do USC.

[128] Vide Título 28, Seção 1713 do USC.

[129] Vide Título 28, Seção 1714 do USC.

[130] Vide Título 28, Seção 1715 do USC.

[131] Uma das causas prováveis para explicar este fato é que o CAFA, como já visto, somente se aplica às *class actions* ajuizadas após 18 de fevereiro de 2005. A lei não estabeleceu nenhuma distinção em termos de marco temporal entre as novas regras de competência e o *Consumer Bill of Rights*. Isso significa que, pelo menos em tese, para as ações ajuizadas antes dessa data, não se aplicam as normas do CAFA, ainda que se trate, por exemplo, de uma proposta de acordo apresentada após a última reforma.

[132] No mesmo sentido, vide VAIRO, Georgene M. Op. Cit., p. 16 e KLONOFF, Robert H.; HERMANN, Mark. Op. Cit., p. 1700/1701.

[133] Exemplos contidos em VAIRO, Georgene M. Op. Cit., p. 16.

sobre os produtos e serviços efetivamente "resgatados" (*redeemed*) pelos integrantes da classe, e não sobre aqueles meramente disponibilizados pelo réu. O termo "resgatados" utilizado no texto legal talvez seja uma boa pista sobre a definição adequada dos *coupon settlements*. Se não houver "cupom" a ser "resgatado", como no exemplo dos pequenos créditos nas conta correntes, talvez não sejam aplicáveis as normas do CAFA[134].

O propósito da segunda medida foi coibir alguns abusos verificados no passado, em que o valor dos honorários advocatícios era desproporcionalmente maior do que os benefícios recebidos pelos membros da classe. Em tese, é possível elaborar acordos em que um grande valor de produtos e serviços é disponibilizado pelo réu, mas apenas uma parcela ínfima deles é efetivamente utilizada. Basta imaginar, por exemplo, que se trata de um benefício com valor mínimo, intransferível para terceiros, que deve ser utilizado em prazo exíguo de tempo e sujeito a diversas exigências administrativas[135].

O grande problema, na prática, será aferir o valor dos cupons descontados pelos membros da classe para fins de fixação dos honorários advocatícios. Em alguns casos, o período de resgate pode ser muito longo, principalmente para a aquisição de produtos como veículos automotores ou o encanamento de uma residência. Algumas alternativas possíveis para que os advogados não esperassem anos e anos para que fossem arbitrados seus honorários seria aferi-los com base em projeções das taxas de resgate para o futuro ou, ainda, ajustar o recebimento periódico da remuneração, conforme fossem utilizados os cupons ao longo do tempo[136]. Infelizmente, o CAFA não deu qualquer solução para o problema, sendo presumíveis os debates na jurisprudência pelos próximos anos.

A terceira inovação do CAFA foi proibir a aprovação de acordos que acarretem perda patrimonial para os integrantes da classe (*net loss settlements*), exceto se a corte reconhecer expressamente que o benefício não-pecuniário é significativamente superior aos prejuízos experimentados. Trata-se de uma resposta efetiva do Congresso a casos isolados encontrados nos Estados Unidos. No caso *Kamilewicz v. Bank of Boston*[137], que está referido expressamente na história legislativa do CAFA[138], uma *class action* havia sido ajuizada na justiça estadual do Alabama. Após a regular certificação, foi celebrado um acordo que daria a cada um dos membros da classe pequenas quantias em dinheiro,

---

[134] Vide VAIRO, Georgene. Op. Cit., p. 16

[135] A história legislativa do CAFA faz referência a diversos *coupon settlements* em que se verificou esta circunstância. No *Senate Report*, n. 109-14, p. 15/19, estão relacionados tres exemplos disso. No primeiro caso, a Microsoft celebrou um acordo disponibilizando créditos no valor de cinco a dez dólares para as futuras aquisições de programas ou equipamentos de informática. Os consumidores precisavam seguir uma série de procedimentos administrativos para resgatar os cupons. No segundo exemplo, a Blockbuster foi acusada de cobrar taxas excessivas no aluguel de filmes. Os integrantes do grupo receberam cupons de desconto no valor de um dólar, enquanto que os advogados da classe receberam mais de nove milhões de dólares em honorários. Finalmente, no terceiro caso, em que se discutia a venda de canos defeituosos, os membros da classe receberam oito por cento de desconto na compra de novo encanamento, enqaunto que os advogados da classe nos estados do Alabama e Tennessee receberam, respectivamente, mais de trinta e oito e de quarenta e cinco milhões de dólares.

[136] Vide KLONOFF, Robert H.; HERRMANN, Mark. Op. Cit., p. 1702.

[137] Vide *Kamilewicz v. Bank of Boston Corp.*, 92 F.3d 506 (7th Cir. 1996). Referências extensas ao caso, inclusive com a transcrição dos principais trechos extraídos da decisão proferida pela Corte de Apelações do 7º Circuito, podem ser encontradas em KLONOFF, Robert H.; BILICH, Edward K.M.; MALVEAUX, Suzette M. Op. Cit., p. 643/649.

[138] Vide *Senate Report*, n. 109-14, p. 14.

mediante depósito em suas contas bancárias. O problema é que, nesse acordo, o banco foi autorizado a descontar mais de US$ 8,5 milhões de seus correntistas para pagar os honorários dos advogados dos representantes da ação. O resultado foi que, ao final, a maioria dos integrantes do grupo teve prejuízos, pois o desconto realizado acabou sendo maior que os pequenos créditos proporcionados pelo acordo.

Na prática, porém, a aprovação desse tipo de acordo não é comum e dificilmente seria admitida na Justiça Federal após a última alteração na Regra 23 das FRCP no ano de 2003, que conferiu ampla autonomia aos juízes para rejeitar propostas de acordo que lhes pareçam injustas, irrazoáveis e inadequadas[139]. Além de desnecessária a regra, há quem sustente que esta inovação estaria inadvertidamente incentivando a aprovaçao dos *net-loss settlements*[140], exigindo apenas fundamentação expressa da corte. A situação se agrava ainda mais quando se constata que o CAFA não apresenta nenhuma orientação para que se possa avaliar os benefícios não pecuniários para a classe. De todo o modo, a a utilização da palavra "substancial" no texto da norma parece indicar que, na dúvida, deverá o juiz rejeitar a proposta.

A quarta novidade inserida no CAFA é a proibição de aprovação de acordos que impliquem em indevida discriminação geográfica a favor dos integrantes da classe que residem mais próximos da corte. Evidentemente, se a discriminação for razoável – tal como, por exemplo, a exposição dos membros da classe a diferentes níveis de poluição, conforme o endereço de suas residências – não incidirá a vedação legal[141]. Da mesma forma que os *net-loss settlements*, esta espécie de acordo dificilmente seria aprovada na Justiça Federal dos Estados Unidos nos dias de hoje[142].

A última das alterações inseridas no CAFA – e certamente a mais polêmica[143] – exige que o réu providencie a notificação de determinados órgãos públicos estaduais e federais após a apresentação da proposta de acordo, sob pena de não vinculação dos membros da classe em caso de sua aprovação. Estas normas têm por objetivo estimular a supervisão de órgãos governamentais sobre os acordos nas ações coletivas. Contudo, dificilmente alcançarão o objetivo a que se propõem.

Em primeiro lugar, a lista de documentos que devem acompanhar a notificação é bastante extensa. Exige-se cópias da petição inicial e eventuais emendas, da notícia de qualquer audiência designada, das notificações enviadas aos integrantes do grupo, das propostas anteriores de acordo, de qualquer decisão final ou terminativa do feito, além de uma lista com os nomes dos integrantes do grupo ou, se isso não for possível, uma estimativa razoável do número de membros residentes em cada estado e a proporção de

---

[139] Vide Regra 23(e)(1)(C) das FRCP, no original: *"(e) Settlement, Voluntary Dismissal, or Compromise. (...) (C) The court may approve a settlement, voluntary dismissal, or compromise that would bind class members only after a hearing and on finding that the settlement, voluntary dismissal, or compromise is fair, reasonable, and adequate."*

[140] Vide VAIRO, Georgene M. Op. Cit., p. 20.

[141] Vide VAIRO, Georgene M. Op. Cit., p. 20.

[142] Vide, entre outros, VANCE, Sarah. Op. Cit., p. 1633 e KLONOFF, Robert H.; HERRMANN, Mark. Op. Cit., p. 1706.

[143] O Prof. Edward Sherman refere-se a esta exigência como o "monstro de Frankenstein" do CAFA. Vide SHERMAN, Edward F. Op. Cit., p. 1615.

suas pretensões no montante global do acordo[144]. Além disso, uma regra específica do CAFA estabelece que não há dever dos órgãos públicos notificados em tomar qualquer medida, dentro ou fora da *class action*[145]. Não é difícil imaginar, portanto, que a regra gere um enorme volume de papel a ser protocolado em vários órgãos públicos, que não terão os recursos, habilidades e preocupação necessários para supervisionar de perto os acordos propostos[146].

Além disso, este tipo de exigência introduz, perigosamente, uma insegurança na aprovação dos acordos. As normas do CAFA não estabelecem de forma precisa quais as autoridades e órgãos que devem ser notificados, principalmente a nível estadual[147]. Uma das prováveis conseqüências é que, na dúvida, serão endereçadas múltiplas notificações a diferentes órgãos e autoridades públicas[148], acarretando preocupante burocratização para a aprovação de acordos[149], principalmente nas *class actions* de âmbito nacional, em que a parte adversa à classe será obrigada a identificar as autoridades estaduais em nada menos que cinqüenta e um estados diferentes.

4. Um ponto de reflexão para as ações coletivas brasileiras

Para encerrar o present estudo, cumpre fazer agora uma breve reflexão sobre as ações coletivas no Brasil. Observando a recente evolução das *class actions* nos Estados Unidos e, sobretudo, a última reforma processual aprovada em 2005, quais são as lições que podem ser tiradas? O CAFA, como exposto, se encontra dividido em duas grandes partes, que são as novas regras de competência que concentram as ações coletivas de âmbito interestadual e nacional na Justiça Federal e o chamado *Consumer Bill of Rights*, que regula determinados aspectos na aprovação de acordos.

As reformas processuais das *class actions* norte-americanas, portanto, apontam para uma maior reflexão sobre dois pontos sensíveis das ações coletivas brasileiras, a seguir expostos: a) a competência para a sua propositura e; b) a regulamentação do instituto da transação na legislação sobre processos coletivos.

4.1 Uma breve reflexão sobre as regras de competência nas ações coletivas

---

[144] Vide Título 28, Seção 1715 (b) do USC.

[145] Vide Título 28, Seção 1715 (f) do USC. A propósito, não poderia ser diferente quanto aos órgãos dos estados porque, segundo a jurisprudência da Suprema Corte, qualquer imposição do Congresso aos órgãos e autoridades dos Estados-membros importa ofensa direta à sua autonomia (ou *sovereignty* - "soberania" - como referido nos livros norte-americanos). Vide *United States v. Lopez*, 514 U.S. 549 (1995).

[146] Vide KLONOFF, Robert H.; HERRMANN, Mark. Op. Cit., p. 1707.

[147] Vide KLONOFF, Robert H.; HERRMANN, Mark. Op. Cit., p. 1708 (*"In most cases, the appropriate federal official do notify of a proposed settlement will be the attorney general; a different federal official is appropriate in cases involving certain financial institution defendants. The appropriate state official may be more difficult to discern."*).

[148] No mesmo sentido: KLONOFF, Robert H.; HERRMANN, Mark. Op. Cit., p. 1708; VARIO, Georgene M. Op. Cit., p. 12.

[149] Com efeito, a norma contida no Título 28, Seção 1715(d) determina que qualquer acordo somente será aprovado após noventa dias da última notificação dirigida às autoridades e órgãos públicos.

As novas regras de competência inseridas pelo CAFA no modelo americano, à primeira vista, parecem ter muito pouco em comum com a nossa realidade. O Brasil é um país constituído por uma federação essencialmente centralizada na União. Por outro lado, a Justiça Federal aqui possui um rol de competências absolutamente distinto dos Estados Unidos. Não existe no modelo constitucional brasileiro, por exemplo, nenhuma regra de competência federal por diversidade de jurisdição das partes.

A realidade vivenciada pelas cortes americanas após a aprovação do CAFA, no entanto, chama a atenção para um fato de suma relevância. Nos Estados Unidos, ainda não se pôde verificar na prática se o CAFA atingiu ou não os objetivos propostos, como evitar a certificação indevida de *class actions* ou a aprovação de acordos colusivos. Já se observa facilmente na jurisprudência, contudo, profundas discussões no que se refere à correta interpretação de algumas regras de competência, especialmente no que tange ao ônus da prova que deve ser distribuído entre as partes.

Este é um risco que não se pode pensar em correr no Brasil. Como se sabe, as *class actions* norte-americanas já se encontram consolidadas na cultura jurídica daquele país como um instrumento efetivo para a tutela de interesses coletivos, sem embargo das críticas recebidas de diversos setores da sociedade[150]. Este não é o caso do Brasil, pelo menos por enquanto. Apesar do relativo grau de sistematização que se alcançou após a promulgação do Código de Defesa do Consumidor, as ações coletivas ainda enfrentam uma série de obstáculos antes que possam firmar de vez no cenário jurídico nacional. A plena efetividade das ações coletivas, aliás, constitui um dos principais objetivos dos anteprojetos elaborados no âmbito da USP e da UERJ/UNESA.

É preciso, portanto, adotar regras de competência claras e objetivas para as ações coletivas. Devemos fugir, sobretudo, de conceitos imprecisos e indeterminados como os que podem ser encontrados na legislação em vigor, especialmente no artigo 93 do CDC. Afinal, como se pode definir um dano de âmbito local, regional ou nacional? Não há na lei atual nenhuma definição a este respeito. Pior ainda: admitindo-se uma discussão que se assemelhe à controvérsia enfrentada hoje nos Estados Unidos, qual das partes teria o ônus de provar a categorização do dano alegado na petição inicial? Seria sempre a parte que se manifestar pela incompetência do juízo? Após quinze anos de promulgação do Código do Consumidor, estas são questões que ainda não estão definidas[151].

---

[150] Vide, sobre a controvérsia que gravita em torno das *class actions* nos Estados Unidos, entre muitos outros, HENSLER, Deborah R. Revisiting the monster: new myths and realities of class action and other large scale litigation. In: *Duke Journal of Comparative & International Law*, v. 11, p. 179, 2002. O título do artigo de Deborah Hensler é uma referência ao artigo clássico de MILLER, Arthur R. Of Frankenstein monsters and shining knights: myth, reality and the 'class action'. In: *Harvard Law Review*, v. 92, 1979, p. 644 e segs., em que o autor conclui que as *class actions* não são nem "monstros de Frankenstein", nem os cavaleiros reluzentes dos fracos e oprimidos. São apenas um instrumento processual que, na medida do possível, devem ser bem utilizados para proporcionar a efetiva tutela de interesses coletivos.

[151] Vide, sobre as diversas conceituações do que se pode entender por dano de âmbito local, regional e nacional, entre outros: VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 272/278.

Os anteprojetos de Código Processos Coletivos apresentam soluções divergentes nesta matéria, indicando tratar-se de ponto sensível e polêmico[152]. A proposta elaborada pela UERJ/UNESA evidencia isto de forma bem clara, porque esta foi a única questão em que os programas de pós-gradução da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e da Universidade Estácio de Sá não chegaram a um consenso, existindo duas soluções no mesmo anteprojeto para o dispositivo.

O anteprojeto elaborado no âmbito da USP, em sua última versão de janeiro de 2007[153], possui algumas imperfeições no tratamento da questão. Uma das primeiras impressões que se tem ao analisar as suas disposições é que as normas estariam fora de ordem. Não faz muito sentido, por exemplo, que as regras de competência se encontrem disciplinadas apenas no art. 22 do anteprojeto, após as normas atinentes às provas (art. 11) e até mesmo à coisa julgada (art.13). A disposição faz menos sentido ainda quando se verifica que, no art. 6º da proposta da USP, está disciplinada a conexão nas ações coletivas. Ocorre que a conexão constitui uma das principais causas de modificação da competência previstas na lei processual[154]. Conclui-se, portanto, pela absoluta falta de critério lógico para a distribuição das normas no anteprojeto.

As deficiências apresentadas pelo anteprojeto da USP não param por aí. A solução proposta em seu art. 22 se apresenta bastante questionável, principalmente pelo fato de que, na prática, a sua eventual aprovação acarretaria uma sensível centralização das ações coletivas. Estabelecer o Distrito Federal como único foro competente em um país de proporções continentais como o Brasil para ações fundadas em danos de âmbito interestadual ou nacional representa um grave risco de impossibilitar o ajuizamento de demandas, especialmente no que se refere às associações, que nem sempre contam com recursos humanos e financeiros para enfrentar uma batalha judicial travada a milhares de quilômetros de sua sede[155]. A dificuldade seria ainda maior para aqueles indivíduos que desejassem ingressar com uma ação coletiva, possibilidade esta garantida pelo art. 20, incisos I e II do anteprojeto.

---

[152] No mesmo sentido, indicando a competência como um dos pontos nevrálgicos da tutela coletiva, ao lado da legitimação e da coisa julgada, vide FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. Pontos nervosos da tutela coletiva: legitimação, competência e coisa julgada. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Coord.). Op. Cit., p. 66/80.

[153] A última versão do anteprojeto elaborado no âmbito da USP pode ser consultada, entre outros, em VENTURI, Élton. Op. Cit., p. 484/502 e GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coord.) *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos.* São Paulo: RT, 2007, p. 453/464. O anteprojeto também pode ser encontrado na página do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) na internet, em www.direitoprocessual.org.br.

[154] A afirmativa de que a conexão é causa de modificação da competência é tão evidente que, a princípio, dispensaria remissões bibliográficas. De todo o modo, vide CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil.* 7 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2002, p. 91 (*"A primeira causa de modificação da competência, regulada no art. 103 do CPC, é a conexão."*)

[155] No mesmo sentido, criticando também o anteprojeto elaborado na USP: VENTURI, Élton. Op. Cit., p. 288/297. Vide, também, à luz da legislação atualmente em vigor, o posicionamento de MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Op. Cit., p. 237, afirmando que a interpretação do art. 93, inciso II do CDC que reconheceria a competência exclusiva do Distrito Federal representaria medida restritiva do acesso à justiça. Em sentido contrário, GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor* - Comentado pelos autores do anteprojeto. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 878.

A proposta busca restringir ao máximo as hipóteses de competência concorrente, sob o fundamento de que tal medida evitaria a proliferação de demandas e de decisões contraditórias[156]. Parece-nos, entretanto, que a repetição de ações coletivas versando sobre o mesmo objeto e causa de pedir decorre de deficiências na regulamentação dos institutos da conexão e litipendência. Centralizar as ações coletivas não seria a solução desse problema, ainda mais quando se verifica que, de acordo com a norma contida no parágrafo primeiro do art. 22, a amplitude do dano será aferida conforme indicada pelo autor em sua petição inicial. Considerando a experiência americana das *class actions,* não é difícil imaginar que advogados mais cuidadosos elaborem uma petição de forma a manipular as regras de competência, alegando a extensão do dano de acordo com o foro que lhe for mais conveniente, frustrando os objetivos do anteprojeto[157].

A única evolução apresentada no anteprojeto da USP em relação à legislação atual, com efeito, foi a elaboração de conceitos e graduações para os conceitos de dano local, regional, interestadual e nacional. Como já se afirmou, para evitar a litigiosidade satélite sobre questões processuais, é preciso estabelecer regras de competência claras e objetivas. Nada obstante, ainda existem zonas cinzentas que não foram enfrentadas na proposta da USP. Por exemplo, quando que um dano deixa de ser interestadual para ser considerado nacional? Seria pelo número de estados afetados, pela extensão do dano no território ou pelo grupo de pessoas afetadas? Além da desnecessária complexidade introduzida na matéria, o que poderia ensejar possíveis controvérsias jurisprudenciais, o elevado grau de centralização proposto tornaria desaconselhável a aprovação de normas como esta para o modelo de ações coletivas no Brasil.

O anteprojeto elaborado no âmbito da UERJ/UNESA parece melhor resolvido neste ponto[158]. Primeiramente, a disposição das normas se revela mais coerente e lógica. As regras de competência (art. 3º) se encontram disciplinadas antes, por exemplo, das disposições atinentes à conexão (art. 6º), provas (art. 19) e coisa

---

[156] Vide, a propósito, a seguinte passagem da Exposição de Motivos apresentada pela Prof. Ada Pellegrini Grinover: *"A regra de competência territorial é deslocada para esse Capítulo (no CDC figura indevidamente entre as regras que regem a ação em defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos, o que tem provocado não poucas discussões), eliminando-se, em alguns casos, a regra da competência concorrente entre Capitais dos Estados e Distrito Federal ou entre comarcas, motivo de proliferações de demandas e de decisões contraditórias."*

[157] Nos Estados Unidos, antes da aprovação do CAFA, eram notórias as manobras realizadas por alguns advogados ao elaborar as petições iniciais das *class actions*, com o objetivo de evitar a remoção da causa para a Justiça Federal. Algumas das manobras utilizadas eram incluir no pólo ativo um representante do mesmo estado que algum dos reús (evitando a competência da Justiça Federal em virtude da diversidade de estados), incluir um réu do mesmo estado em que foi proposta a ação (ainda que este réu seja apenas um revendedor ou comerciante, não sendo o verdadeiro alvo da *class action*) ou alegar deliberadamente na petição que os danos sofridos por cada um dos integrantes do grupo é inferior a setenta e cinco mil dólares (valor mínimo antes do CAFA para estabelecer a competência federal por diversidade de estados). Vide essas e outras práticas no artigo de BEISNER, John; MILLER, Jessica Davidson. Class action magnet courts... Op. Cit., p. 6/9.

[158] O anteprojeto elaborado pela UERJ/UNESA pode ser consultado em GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coord.) Op. Cit., p. 438/447, DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Op. Cit., p. 446/457; LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Coord.) *Tutela coletiva*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 286/301 e também na página da Faculdade de Direito da UERJ na internet: www.direitouerj.org.br/2005/download/outros/cbpc.doc (acesso em 15 de agosto de 2007).

julgada (art. 22). Além disso, nenhuma das duas propostas apresentadas acarretaria excessiva centralização das ações coletivas. Na versão da UERJ, seria competente para a causa o foro do lugar onde ocorreu o dano, salvo se fosse de âmbito nacional, quando então seriam competentes os foros das capitais dos estados e do Distritio Federal. Na proposta da UNESA, não existe a ressalva para danos de âmbito nacional. Mesmo para tal hipótese, seriam competentes todos os foros onde se verificasse o dano, resolvendo-se a questão pela prevenção.

As duas propostas da UERJ e UNESA representariam efetiva descentralização das ações coletivas em relação à legislação em vigor, proporcionando o pleno acesso à justiça sobretudo para as associações e para os indivíduos, cuja legitimação se encontra prevista no art. 9º, incisos I e II do anteprojeto. Infelizmente, porém, não existe solução que seja perfeita para a questão.

A proposta da UNESA tem o grande mérito de proporcionar a descentralização máxima da competência para as ações coletivas. No entanto, ao permitir que qualquer foro aprecie causas que envolvam danos de âmbito nacional, a norma traz consigo dois riscos importantes: a) permite que o autor escolha o foro que lhe seja mais conveniente, o que pode gerar resultados inesperados, que já foram observados na experiência norte-americana das *class actions*; b) abre ainda a possibilidade de que juízes relativamente inexperientes, em comarcas de importância secundária, julguem causas bastante complexas, que podem afetar a vida de um país inteiro. Imagine-se uma ação discutindo a legalidade da assinatura telefônica no Brasil inteiro. Seria incoerente permitir que um juiz de uma determinada comarca do interior, com pouquíssimas linhas telefônicas instaladas, decidisse a questão com efeitos *erga omnes* para todo o resto do país[159].

Por outro lado, embora evitando os riscos apontados acima, a proposta aprovada na UERJ também não está isenta de críticas. A ressalva no dispositivo quanto aos danos de âmbito nacional se apresenta problemática. Em primeiro lugar, o que define um dano nacional? O número de estados afetados, o número de pessoas envolvidas ou a extensão territorial abrangida? Ao contrário do anteprojeto da USP, não existe na proposta da UERJ nenhuma orientação nesse sentido, o que poderia abrir espaço para intermináveis discussões jurisprudenciais. Por exemplo, um dano que repercutisse sobre os estados de Minas Gerais, Bahia e Goiás seria considerado de âmbito nacional? Caso positivo, então a regra apresentaria uma segunda imperfeição. Isso porque, da forma como foi redigida, uma ação coletiva envolvendo danos ocorridos em três ou quatro estados poderia ser ajuizada em outro estado que não possui nenhuma relação com o caso concreto, a não ser a simples conveniência do autor da ação.

---

[159] Preocupação semelhante, aliás, se encontra na Seção 2 do CAFA, conforme se depreende da seguinte passagem: "*(4) Abuses in class actions undermine the national judicial system, the free flow of interstate commerce, and the concept of diversity jurisdiction as intended by the framers of the United States Constitution, in that State and local courts are: ... (C) making judgments that impose their view of the law on other States and bind the rights of the residents of those States.*" Nos Estados Unidos, a preocupação é ainda mais evidente, dada a grande autonomia dos Estados-membros na federação, inclusive para legislar sobre a maioria dos assuntos que ocupam o dia-a-dia das pessoas comuns e que terminam nos tribunais sendo objeto de discussão nas *class actions*.

A solução para a questão da competência das ações coletivas passa, sem dúvida, pela criação de juízos especializados, estimulada pelos anteprojetos da USP (art. 18) e da UERJ/UNESA (art. 59). Somente assim se poderia garantir que estas ações seriam processadas e julgadas por juízes experientes, aptos a proporcionar uma tutela efetiva dos relevantíssimos interesses envolvidos. Seria utópico imaginar, no entanto, que em todas as comarcas e seções judiciárias existissem juízos especializados. Uma solução definitiva talvez somente possa ser alcançada quando a informatização dos processos permitir que se acompanhe de perto uma batalha judicial travada a distância[160].

4.2 Uma nova proposta para os acordos nas ações coletivas brasileiras

O direito brasileiro em vigor possui nítida deficiência na regulação de acordos nas ações coletivas. Com efeito, não existe um único dispositivo sequer sobre a matéria na Lei de Ação Civil Pública ou no Código de Defesa do Consumidor. Sob a tradicional concepção de que tais ações envolvem a tutela de direitos e interesses indisponíveis, uma vez que não são titularizados pelo representante da coletividade, previu-se somente o *compromisso de ajustamento de conduta* (art. 5º, § 6º da Lei 7.347/85), que permite somente, segundo o entendimento dominante, algumas concessões periféricas sobre a forma como o réu ajustará sua conduta à lei[161].

Sem entrar no mérito sobre a natureza jurídica do compromisso de ajustamento de conduta, não se pode negar que a realidade americana é muito mais rica na aprovação de acordos. De uma forma geral, o percentual de litígios nos Estados Unidos que são resolvidos mediante acordos é muito maior que no Brasil[162] por uma

---

[160] A conclusão talvez se encontre comprometida pela relativa parcialidade do autor desse estudo. O autor se confessa um grande entusiasta da informatização dos processos. Em sua experiência profissional como advogado, o autor observou que grande parte do tempo de tramitação de um processo é disperdiçado com rotinas cartorárias (juntada de petições aos autos, digitação de ofícios, etc.). Uma informatização eficiente permitiria agilidade nas rotinas cotidianas do cartório e, eventualmente, o acompanhamento de processos à distância. Evidentemente, trata-se de medida que deve ser implementada de forma gradual, porque ela representa uma verdadeira revolução de costumes e práticas no cotidiano forense. Recentemente, foi dado um grande passo nesse sentido, com a aprovação da Lei do Processo Eletrônico (Lei 11.419/2006).

[161] Vide, nesse sentido, MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública.* 10 ed. São Paulo: RT, 2007, p. 237/238. Em posição ainda mais restritiva, sustentando que o compromisso de ajustamento de conduta implica verdadeiro reconhecimento implícito da ofensa a um interesse difuso ou coletivo, entre outros, CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública* – comentários por artigo. 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007, p. 215/216 e também em GIDI, Antônio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas.* São Paulo: Saraiva, 1995, p. 46 (o autor reafirmou seu entendimento em GIDI, Antônio. *A* class action.... Op. Cit., p. 358/359).

[162] A maioria dos autores americanos afirma que apenas de 5% a 10% dos litígios nos Estados Unidos chegam à fase de julgamento, o que é um índice absurdamente alto para os padrões brasileiros e europeus. Nesse sentido, vide: HAZARD JR., Geoffrey; TARUFFO, Michele. *American civil procedure:* an introduction. New Haven and London: Yale University Press, 1993, p. 102; JAMES JR., Fleming *et al.* Op. Cit., p. 43; YEAZELL, Stephen C. *Civil procedure....* Op. Cit., p. 39. A afirmação de que apenas uma minoria dos processos chega à fase de julgamento vale também para as ações coletivas. Vide o estudo de WILLGING, Thomas E.; WHEATMAN, Shannon R. Attorney choice of forum.... Op. Cit., p. 648. (segundo o estudo, apenas 3% das ações coletivas chegam à fase de julgamento. Em nota de rodapé, os autores mostram ainda que cada vez menos casos nos Estados Unidos chegam à fase de julgamento. O percentual apurado em um estudo nos anos 90 foi de 4,4%, enquanto estudos realizados a partir de 2000 apontam para percentuais entre 2,2% a 3,0%).

série de motivos, inclusive de ordem cultural. Se o desejo do legislador brasileiro for realmente incentivar esta forma de resolução de conflitos no campo das ações coletivas, será indispensável considerar esses fatores em futuras reformas processuais.

Ressalte-se, no entanto, que a legislação brasileira atual apresenta dois pontos de estrangulamento para a realização de acordos nas ações coletivas. O primeiro deles é a falta de previsão expressa para o controle da representatividade adequada pelo juiz[163]. Embora ilustres autores defendam hoje o seu cabimento também no direito brasileiro[164], especialmente no que se refere às associações, seria extremamente arriscado permitir a celebração de acordos que vinculassem a coletividade sem garantir expressamente na lei o controle da adequação do representante[165], tanto pelo Ministério Público[166], como pelo juiz. O segundo ponto que deve ser revisto na legislação é o regime de coisa julgada das ações coletivas. Considerando que, na sistemática atual, a sentença coletiva apenas pode vincular para o benefício dos interesses da comunidade, qual seria o efeito de um acordo aprovado? Caso se entenda pela ausência de vinculação dos integrantes do grupo, então não haveria incentivo algum para a sua celebração.

O anteprojeto da USP resolve apenas parcialmente o problema. Com efeito, está previsto no seu art. 20 o exame da representatividade adequada (ainda que de forma limitada para as associações, apenas para afastar o requisito da pré-constituição de um ano, restrição esta que se afigura bastante criticável). O anteprojeto esclarece ainda que o *termo de ajustamento de conduta* (art. 21) possui a natureza de transação. Quanto às ações coletivas para a proteção de direitos ou interesses individuais homogêneos, o art. 31 estabelece que as partes poderão transacionar, ressalvado o direito de exclusão dos membros do grupo, mediante a propositura de ações individuais. Ao que tudo indica, um acordo aprovado vincularia os integrantes da comunidade, pelo menos a princípio. A grande questão ainda em aberto é se o juiz poderá ou não apreciar os termos da proposta de acordo e rejeitá-la ou impor condições à sua aprovação, ainda que se verifique estar presente a representatividade adequada.

A solução contida no anteprojeto da UERJ/UNESA também padece da mesma deficiência. Nesta proposta, a representatividade adequada se encontra prevista como uma condição específica das ações coletivas (art. 8º, inciso I), regra bastante elogiável. O art. 35 estabelece praticamente o mesmo regime de vinculação em caso de transação, acrescentando ainda que os integrantes do grupo deverão ser comunicados para exercer seu direito de exclusão (não necessariamente ajuizando uma ação

---

[163] Sobre o conceito de representatividade adequada, vide item 2 do presente estudo.

[164] Nesse sentido, entre outros: GIDI, Antônio. *Las acciones colectivas...* Op. Cit., p. 80 e VIGLIAR, José Marcelo Menezes. Alguns aspectos sobre a ineficácia do procedimento especial destinado aos interesses individuais homogêneos. In: MILARÉ, Edis (Coord.). A Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios. São Paulo: RT, 2005, p. 327; GRINOVER, Ada Pellegrini. Novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada nas ações coletivas. In: *O processo,* Op. Cit., p. 212/213. Em sentido contrário, porém, vide DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública.* São Paulo: Saraiva, 2001, p. 201/202.

[165] No mesmo sentido, vide GIDI, Antônio. *A* class action... Op. Cit., p. 359.

[166] Esta é uma das principais vantagens do modelo brasileiro em relação às *class actions* americanas. Nos Estados Unidos, como não há intervenção obrigatória do Ministério Público nas ações coletivas, o exame da representatividade adequado incumbe exclusivamente ao juiz, tornando ainda mais graves as críticas de que existem naquele país determinadas cortes estaduais excessivamente "amistosas" em certificar *class actions* de âmbito nacional.

individual) em prazo não inferior a sessenta dias. O anteprojeto, entretanto, não deixa claro se o juiz poderá ou não se recusar a aprovar os termos do acordo ou se ele deve apenas verificar se estão preenchidos os requisitos formais, limitando-se a homologá-lo.

Por esta razão, apresentamos ao final do presente estudo uma nova proposta de redação para a regulação dos acordos nas ações coletivas. Em linhas gerais, a sugestão possui inspiração no modelo norte-americano das *class actions*, realizadas as devidas adaptações para a realidade brasileira. Procurou-se, ainda, sugerir a adoção da transação extrajudicial, cercando-a das mesmas garantias da transação judicial. Previu-se, ainda, a critério do juiz, a possibilidade de realização de audiência pública e a manifestação dos demais legitimados concorrentes. Esta possibilidade guarda insipiração nas figuras do *amicus curiae* e da audiência pública estabelecidas nas leis que regulam a Ação Direta de Inconstitucionalidade e Declaratória de Constitucionalidade (Lei 9.868/99), bem como a Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental (Lei 9.882/99). Segue a proposta de redação abaixo:

REDAÇÃO ATUAL DO ANTEPROJETO DO CBPC (USP):

Art. 31. Efeitos da transação - As partes poderão transacionar, ressalvada aos membros do grupo, categoria ou classe a faculdade de não aderir à transação, propondo ação a título individual

REDAÇÃO ATUAL DO ANTEPROJETO DO CBPC (UERJ/UNESA):

Art. 35 Efeitos da transação As partes poderão transacionar, ressalvada aos membros do grupo, categoria ou classe a faculdade de se desvincularem da transação, dentro do prazo fixado pelo juiz.

Parágrafo único – Os titulares dos direitos ou interesses individuais homogêneos serão comunicados, nos termos do art. 32, para que possam exercer o seu direito de exclusão, em prazo não inferior a 60 (sessenta) dias.

PROPOSTA DE NOVA REDAÇÃO:

Art. X – Da transação em sede de direitos individuais homogêneos - Os interessados poderão transacionar judicial ou extrajudicialmente para resolver litígios que versem sobre direitos ou interesses individuais homogêneos, observadas as condições abaixo estabelecidas.

§ 1º - A transação judicial ou extrajudicial será necessariamente submetida ao juiz, para fins de aprovação e homologação.

§ 2º - Apresentada a proposta de transação pelos interessados, o juiz promoverá a intimação do Ministério Público e determinará a comunicação dos titulares dos direitos ou interesses individuais homogêneos envolvidos, nos termos do art. 32, e fixará um prazo não inferior a 60 (sessenta) dias para que os membros do grupo, categoria ou classe exerçam o seu direito de exclusão.

§ 3º - O juiz, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos interessados que participaram da proposta de transação, poderá designar data para a realização de audiência pública ou admitir, observado o prazo mínimo estabelecido no parágrafo anterior, a manifestação por escrito de alguns ou de todos os legitimados concorrentes à ação coletiva.

§ 4º - Encerrado o prazo para o exercício do direito de exclusão e ultimadas as providências determinadas na forma do parágrafo anterior, o juiz examinará a proposta apresentada, verificando se as condições estabelecidas são justas, razoáveis e adequadas para a proteção dos direitos ou interesses individuais homogêneos envolvidos.

§ 5º - Para verificar se as condições estabelecidas no compromisso são justas, razoáveis e adequadas, o juiz deverá examinar dados como:

a) as probabilidades de sucesso de uma demanda coletiva envolvendo os direitos ou os interesses individuais honogêneos objeto da transação;

b) a economia de custo e de tempo decorrente da abreviação do litígio;

c) o número de membros do grupo, categoria ou classe que exerceu o direito de exclusão;

d) a manifestação dos demais legitimados sobre as condições estabelecidas no compromisso;

e) a existência de ações individuais versando sobre os direitos ou interesses envolvidos na transação e os resultados obtidos.

Longe de ser uma solução definitiva, espera-se que a presente proposta contribua para o aprimoramento do sistema de tutela coletiva brasileiro.

5. Referências bibliográficas

ARAÚJO, Rodrigo Souza Mendes. A ação para a tutela dos interesses individuais homogêneos brasileiros: a *class action for damages* brasileira. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Coord.). *Processo civil coletivo*. Op. Cit., p. 696/719.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo.* 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2006

BEISNER, John; MILLER, Jessica Davidson. A section-by-section review of the Class Action Fairness Act. In: *Product Safety & Liability Reporter*, v. 33, 2005.

_____. Class action magnet courts: the allure intensifies. In: *Civil Justice Report*, n. 5, July 2002.

BUENO, Cassio Scarpinella. As *class actions* norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta. *Revista de Processo*, nº 82, abr./jun. 1996, p. 92/151

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

CARNEIRO, Paulo Cézar Pinheiro. *Acesso à justiça:* Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública. 2 ed. Rio de Janeiro, Forense, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública* – comentários por artigo. 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007

CONTE, Alba; NEWBERG, Herbert. *Newberg on class actions.* 4 ed. St. Paul: Thomson West, 2002, v. 1 e 2.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil.* Salvador: Juspodvm, 2007, v. 4.

DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública.* São Paulo: Saraiva, 2001.

FREIRE E SILVA, Bruno. A ineficácia da tentativa de limitação territorial dos efeitos da coisa julgada na ação civil pública. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Coord.). *Processo civil coletivo.* São Paulo: Quartier Latin, 2005.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. Pontos nervosos da tutela coletiva: legitimação, competência e coisa julgada. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Coord.). Op. Cit., p. 66/80.

FRIEDENTHAL, Jack H.; KANE, Mary Kay; MILLER, Arthur R. *Civil procedure.* 4 ed. St. Paul: Thomson West, 2005.

GARNER, James M. Congressional welcome to federal court – the Class Action Fairness Act: has the party just begun? In: *Tulane Law Review*, v. 80, n. 5 & 6, June 2006.

GIDI, Antônio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas.* São Paulo: Saraiva, 1995.

GIDI, Antônio. *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil:* un modelo para países de derecho civil. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor* - Comentado pelos autores do anteprojeto. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. Da *class action for damages* à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade. In: *O processo* – Estudos & Pareceres. São Paulo: Perfil, 2005.

HARKINS JR., John G. Federal Rule 23 – The early years, *Arizona Law Review*, v. 39, 1997.

GIDI, Antônio. A *class action* como instrumento de tutela coletiva dos direitos. São Paulo: RT, 2007.

HAZARD JR., Geoffrey; TARUFFO, Michele. *American civil procedure:* an introduction. New Haven and London: Yale University Press, 1993

HENSLER, Deborah R. Revisiting the monster: new myths and realities of class action and other large scale litigation. In: *Duke Journal of Comparative & International Law*, v. 11, 2002.

KANE, Mary Kay. *Civil procedure in a nutshell.* 5 ed. St. Paul: Thomson West., 2003

KANNER, Allan. Interpreting the Class Action Fairness Act in a truly fair manner. In: *Tulane Law Review*, v. 80, n. 5 & 6, June 2006.

KLONOFF, Robert. *Class Actions and other multi-party litigation in a nutshell.* St Paul: Thomson West, 2004.

KLONOFF, Robert H.; BILICH, Edward K. M.; MALVEAUX, Suzette M. *Class actions and other multi-party litigation* – cases and materials. St. Paul: Thomson West, 2006.

KLONOFF, Robert H.; HERMANN, Mark. The Class Action Fairness Act: an ill-conceived approach to class settlements. In: *Tulane Law Review*, v. 80, n. 5 & 6, June 2006.

LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações coletivas:* história, teoria e prática.Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1998.

LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública.* 2 ed. São Paulo: RT, 2005

LEONEL, Ricardo Barros. *Manual do processo coletivo.* 2 ed. São Paulo: RT, 2002.

LEUBSDORF, John. *Civil procedure.* 5 ed. New York: Foundation Press, 2001.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública.* 10 ed. São Paulo: RT, 2007.

_____. *Jurisdição coletiva e coisa julgada:* teoria geral das ações coletivas. São Paulo: RT, 2006.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional.* São Paulo: RT, 2002.

MILLER, Arthur R. Of Frankenstein monsters and shining knights: myth, reality and the 'class action'. In: *Harvard Law Review*, v. 92, 1979

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O futuro da justiça: alguns mitos. In: *Temas de direito processual*, Oitava Série. São Paulo: Saraiva, 2004.

MULLENIX, Linda S.; RHEINGOLD, Paul D. Class actions: impact of Class Action Fairness Law. In: *New York Law Journal*, n. 231, March 2005

OLIVEIRA, Régis Fernandes de; HORVATH, Estevão. *Manual de direito financeiro.* 5 ed. São Paulo: RT, 2002.

ROWE JR., Thomas D. 1367 and all that: recodifying federal supplemental jurisdiction. In: *Indiana Law Journal*, v. 74, 1998.

SHERMAN, Edward F. Class actions after the Class Action Fairness Act of 2005. In: *Tulane Law Review*, v. 80, n. 5 & 6, June 2006.

STEINMAN, Adam. 'Less' is 'more'? Textualism, intentionalism and a better solution to the Class Action Fairness Act´s Appellate Deadline Riddle. In: *Iowa LawReview*, v. 92, n. 4, 2007, p. 1183/1240.

TALATI, Ashish R. The Class Action Fairness Act of 2005: changing the class action landscape circuit by circuit. In: *Food & Drug Law Journal*, v. 61, 2006.

TANIGUCHI, Yasuchei. The 1996 Code of Civil Procedure of Japan – A procedure for the coming century?, *The American Journal of Comparative Law*, v. 45, n. 4.

TARUFFO, Michele. Recent and current reforms of civil procedure in Italy. In: TROCKER, Nicolo; VARANO, Vincenzo. (Org.) *The reforms of civil procedure in comparative perspective.* Torino: G. Giappichelli, 2005

TUCCI, José Rogério Cruz e. Class action *e mandado de segurança coletivo*. São Paulo: Saraiva, 1990

VAIRO, Georgene M. *Class Action Fairness Act of 2005:* a review and preliminary analysis. Newark and San Francisco: LexisNexis, March 2005.

VANCE, Sarah. A primer on the Class Action Fairness Act of 2005. In: *Tulane Law Review*, v. 80, n. 5 & 6, June 2006.

VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2007.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. Alguns aspectos sobre a ineficácia do procedimento especial destinado aos interesses individuais homogêneos. In: MILARÉ, Edis (Coord.). A Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios. São Paulo: RT, 2005.

WILLGING, Thomas E.; WHEATMAN, Shannon R. Attorney choice of forum in class action litigation: what difference does it make? In: *Notre Dame Law Review*, v. 81, n. 2, 2006.

YEAZELL, Stephen C. *Civil procedure.* 6 ed. New York: Aspen, 2004.

_____. *From medieval group litigation to the modern class action.* New Haven and London: Yale University Press, 1986.

VII. ARBITRAGEM NAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

Ana Carolina Weber[1]

SUMÁRIO: 1.1 - A Evolução do Estado; 1.2 As Parcerias entre o setor Público e o setor Privado; 1.3 O modelo de PPP adotado no Brasil; 1.3.1 Concessão Patrocinada e Concessão Administrativa; 1.3.2 A Escolha do Parceiro Privado; 1.3.3 As garantias contratuais; 2.1 A evolução legislativa e a consagração do instituto na lei das PPPs; 2.2 Arbitrabilidade Subjetiva e Objetiva nas PPPs; 2.2.1 Sigilo X Publicidade Pública; 2.2.2 Pagamento X Precatório; 3. Artigo 11 inciso III; 4. Conclusão

1.1 - A Evolução do Estado

O Senador Afonso Arinos de Melo Franco, falando na sessão de 16 de dezembro de 1966, se reportava à

> *"contradição na apresentação do problema econômico, à contradição entre este autoritarismo político e o liberalismo econômico da Constituição. Isto atribui certo sabor reacionário. A constituição pode ser definida como social e economicamente reacionária por esta razão: porque fortalece, indiscutivelmente, o poder político do Executivo, e afrouxa, enormemente, o controle do Estado, no campo da economia e no campo das relações sociais."* [2]

Traço marcante de toda a história mundial constitui a tentativa de o Estado conciliar políticas que atendam ao interesse público a decisões que sejam economicamente e financeiramente viáveis à nação. Com esse norte, o ente estatal, constantemente, depara-se com a necessidade de coadunar sua capacidade de agir ativamente na economia com a sua vertente reguladora e defensora dos interesses públicos e sociais. [3]

Uma breve digressão histórica nos permite vislumbrar, no campo das Ciências Sociais, um esforço por identificar modelos estatais que consigam equilibrar os dois objetivos

---

[1] Mestranda em Direito Internacional na Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

[2] FILHO, Alberto Venâncio. Intervenção do Estado e liberdade econômica no direito constitucional brasileiro. In: *As tendências atuais do direito público – estudos em homenagem ao Professor Afonso Arinos de Melo Franco.* Rio de Janeiro: Ed. Forense. 1976. p.421.

[3] *"É atribuída ao Estado, portanto, uma série de funções na organização do processo econômico. Situando-as de maneira sintética, correspondem a dois grandes grupos: aquelas em que o Estado aparece como empresário, ou seja, como produtor ou distribuidor de bens e serviços e aquelas em que ele se apresenta como regulador, enquadrando nesse âmbito as medidas de cunho legislativo e administrativo por meio das quais determina, controla e influencia o comportamento dos agentes econômicos, tendo em vista orientá-los em direções desejáveis e evitar efeitos lesivos aos interesses socialmente legítimos. Nessa perspectiva ampla, a idéia de regulação inclui toda forma de organização da atividade econômica por intermédio do Estado, seja a intervenção por meio de concessão de serviço público, seja o exercício de poder de polícia."* CARVALHO, Vinícius Marques de. Regulação de serviços públicos e intervenção estatal na economia. In: *Regulação, Direito e Democracia.* José Eduardo Faria (org.). São Paulo: Ed. Fundação Perseu Abramo. 2002. p. 13.

anteriormente mencionados. Assim, é que a partir da constatação da falência do Welfare State (modelo estatal que privilegiava as políticas governamentais relativas ao desenvolvimento social dos países e, por assim ser, de suas populações) e das incongruências do Fordismo, estudiosos vêm tentando traçar as linhas mestres do que seria um Estado mais eficiente e menos oneroso.[4]

Antes da década de 1980, o Estado apresentava- se como controlador, diretor, produtor direto de bens e serviços, planejador e até mesmo árbitro dos conflitos nos quais era parte, de forma a garantir o pleno emprego nas economias relativamente fechadas e auto-centradas, ajustando a demanda às necessidades criadas pela oferta e mantendo a negociação coletiva dentro dos limites compatíveis com os níveis de crescimento. Era um Estado pleno, que se fazia presente na vida pública e na particular.

Na década imediatamente seguinte, em razão da falência dessa excessiva centralização, percebe-se uma nova e diferente vertente nos modelos estatais. Os governos passam a enfatizar a desregulamentação da economia, a abertura comercial a importações e à entrada de empresas estrangeiras, a revogação dos monopólios públicos, possibilitando uma maior concorrência entre as empresas privadas e, com isso, um incremento na dinâmica da economia, e a privatização de empresas públicas. Foi em decorrência deste cenário, estruturado na década de 1990, que se produzem os reflexos atuais, os quais qualificam e identificam o perfil estatal hodierno.[5]

Entretanto, em razão de fatores sociais, políticos e econômicos, o modelo estatal ainda não chega perto do que se pode considerar ideal. Diversos problemas caracterizam nações como o Brasil, tornando recorrentes temas como o da reforma do Estado. Os debates, na verdade, ganham nova dimensão: procura-se estruturar os governos e suas políticas internas e internacionais, tendo por norte a internacionalização dos fluxos financeiros, a integração das economias periféricas aos mercados globais e a reorganização dos padrões de produção.[6]

---

[4] ROCHA, Sérgio Diniz. O equilíbrio econômico financeiro nas Parcerias Público Privas. In: *Finanças Públicas. II Prêmio STN de monografias – Ministério da Fazenda – Secretaria do Tesouro Nacional*. Brasília. 1998. p.509.

[5] José Eduardo Faria ao tratar deste aspecto destaca que o Estado passa a agir como: *" ... regulador das atividades privatizadas, como balizador da concorrência, como estimulador da oferta de serviços essenciais num ambiente competitivo, como garantidor dos direito do consumidor e como criador de oportunidades de negócios para a iniciativa privada e de investimento para o desenvolvimento tecnológico*."FARIA, José Eduardo. Introdução. In: Regulação, Direito e Democracia. José Eduardo Faria (org.). São Paulo: Ed. Fundação Perseu Abramo. 2002. p. 7.

[6] Não é só o Estado brasileiro que se depara com tal situação. Giuseppe Pericu nos traz as seguintes considerações. "*Resumidamente, faz-se necessário partir de uma consideração de caráter geral. Não há dúvida de que as administrações públicas, sobretudo as das grandes cidades em nosso sistema, acham-se em situação difícil, de crise; mas penso que seja um elemento presente em vários países. No que concerne ao perfil estritamente jurídico, e com referência especial à situação italiana, está em crise o próprio modelo de operação da administração pública, modelo que descrevo em poucas palavras: pressupõe uma escolha livre, mas no âmbito de um quadro legislativamente predeterminado; e direcionada para a consecução de uma finalidade de interesse público; de modo que seja possível um dia verificar-se, na realidade, a escolha foi compatível com o interesse público, ou incorreta e ilegítima. Bem, esse modelo de operação da administração pública, tradicional para nós, o modelo baseado em medidas e atos administrativos, encontra-se, neste momento, em grandes dificuldade, relacionadas, antes de mais nada, com o fato de que o interesse da administração pública é muitas vezes um interesse internamente conflitivo, no sentido de que a administração pública é portadora de interesses*

1.2 As Parcerias entre o setor Público e o setor Privado

O Estado depara-se, neste instante, com um desafio ainda maior: dar condições a sua economia para que ela se mantenha competitiva no cenário internacional. Contudo, e por isso mesmo trata-se de um desafio, há diversos embaraços e dificuldades que se colocam aos governos a fim de propiciarem uma conjuntura favorável ao desenvolvimento econômico. Busca-se a redução dos índices de endividamento, porém, em razão do aumento das produções e da necessidade de permitir que os bens cheguem aos seus consumidores finais, faz-se necessário o dispêndio de grandes quantias para viabilizar uma infra-estrutura que sustente todo esse crescimento.

Todavia, os recursos públicos que podem ser destinados a investimentos de infra-estrutura são ínfimos perto das necessidades que produzem tal crescimento econômico. Por conta disto o Estado brasileiro veio a aprovar a Lei n° 11.079/2004: chegou-se à conclusão de que a solução estaria em obter uma forma de parceria entre a Administração Pública e os interesses lucrativos das empresas. [7]

O governo federal encontrou no instituto das Parcerias Público-Privadas o meio para manter o crescimento nacional, dando condições logísticas para o mesmo, sem onerar demasiadamente os cofres públicos. Xavier Borges, assim, nos ensina:

> "*A PPP envolve, por um lado, a utilização de recursos privados para que o Estado atinja seus objetivos e, por outro, permite que o setor privado realize negócios em atividades cuja natureza sempre foi mais afeitas, exclusivamente, ao setor público. (...)*
>
> *A possibilidade de atração de capitais privados em um cenário de relativa escassez de recursos públicos viabiliza a realização de investimentos e permite a redução de gargalos da infra-estrurura econômica."*[8]

O modelo que o Brasil acabou por adotar não foi inovação do legislador nacional. O instituto das Parcerias Público-Privadas teve seu nascedouro na Inglaterra, onde já opera há mais de dez anos e tendo sido responsável por investimentos ordem de mais de 30 bilhões de libras esterlinas.

---

contraditórios e em choque entre si. Por exemplo: visa ao desenvolvimento produtivo e à preservação do meio ambiente.

Além disso, a administração pública é portadora de interesses que não são exclusivamente seus, mas são também dos particulares; isto é, ela se apresenta como titular de exigências que incluem as do setor privado. Temos uma série de objetivos almejados pelas administrações públicos, ou de presenças até relevantes, que certamente não são estranhas ao âmbito privado." PERICU, Giuseppe. Rumo a novos modelos jurídicos na relação público-privado. In: *Anais do Seminário Público e Privado: cooperação financeira e organizacional entre o setor privado e administrações públicas nas áreas urbanas.* Milão. 1998. p. 95.

[7] SOARES, Ricardo Pereira; NETO, Carlos Álvares da Silva Campos. Considerações sobre o projeto de lei de Parceria Público Privada (PPP) em face da experiência recente do Brasil. In: *Sumário executivo – texto para discussão no IPEA*. Brasília. 2004. p. 7.

[8] PASIN, Jorge Antonio Bozoti; BORGES, Luiz Ferreira Xavier. A Nova definição de parceria público-privada e sua aplicabilidade na gestão de infra-estrutura pública. In: *Revista do BNDES,* vol. 10, Rio de Janeiro. 2003. p. 174.

O modelo inglês foi estruturado como uma opção à privatização e ao sistema anterior, que matinha a autoridade governamental como responsável pela propriedade, manutenção e operação de ativos de interesse público.[9]

Os trabalhos ingleses surgiram a partir de uma "célula" no âmbito interno do Ministério da Fazenda: uma equipe denominada Treasury Task Force (Força Tarefa do Tesouro), constituída por pessoas qualificadas, provenientes tanto do setor público quanto do setor privado. A Treasury Task Force desenvolveu suas atividades como uma Unidade PPP da Administração Pública, sendo transformada, agora em 2001, em uma companhia mista na qual participam capitais públicos e privados[10].

A experiência das PPPs foi se expandindo para outros países. Na Alemanha, por exemplo, até recentemente, havia pouco interesse nas parcerias público-privadas, à exceção de um pequeno número de projetos de transporte de grande visibilidade. A reforma fiscal, contudo, provocou significativa queda na arrecadação, o que, somado à elevação dos custos de reestruturação, levou o poder público a olhar com mais seriedade para esta opção. Hoje, alguns projetos-piloto já começam a surgir na esfera estadual, especialmente em áreas como a de educação. [11]

A experiência das PPPs também foi adotada como instrumento de integração da União Européia. O Banco Europeu de Investimento valeu-se da mesma para a realização do Programa Trans European Networks (TENs), lançado pela União Européia para permitir e incentivar a integração e o desenvolvimento da infra-estrutura pan-européia nos setores de transportes, energia e telecomunicações.[12]

1.3 O modelo de PPP adotado no Brasil

O projeto de lei das PPPs, depois da devida tramitação, restou aprovado em 23 de dezembro de 2004.Com relação aos Estados e Municípios, a lei federal apenas estabelece normas de caráter geral, as quais carecem de detalhamento e regulamentação em muitos aspectos, sobretudo no que concerne à instituição de órgão gestor do programa, normas específicas de controle e fiscalização e viabilização de garantias por parte do setor público.

---

[9] PASIN, Jorge Antonio Bozoti; BORGES, Luiz Ferreira Xavier. A Nova definição de parceria público-privada e sua aplicabilidade na gestão de infra-estrutura pública. In: *Revista do BNDES*, vol. 10. Rio de Janeiro. 2003. p. 176.

[10] *Unidade PPP Brasil.* Estudo apresentado pela Secretaria de Planejamento e Investimentos Estratégicos – Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. 2003. p. 4. Atualmente, na Inglaterra, os projeto de PPPs evoluíram e se sofisticaram para projetos de Iniciativa Financeiro Privada (Private Finance Initiative), os quais podem ser descritos como projetos em que há a assunção de responsabilidades por parte do setor privado sobre o desenho, construção, financiamento, operação e manutenção dos ativos relevantes, sendo o Poder Público o cliente responsável pelo pagamento dos serviços prestados.

[11] DINIZ, Débora. A experiência internacional em PPP. In: Fundos *de Pensão – Revista da ABRAPP/SINDAPP,* ano XXIII, n° 294. São Paulo. 2004. p. 22. No Japão, a iniciativa de financiamento privado começou a ser desenvolvida em 1999 e transformada em lei em março de 2000, seguindo o exemplo britânico. Diversos projetos já foram aprovados, especialmente, nas áreas de geração de energia, telecomunicações e tratamento de água. Ainda estão em andamento diversos projetos municipais nas áreas de saúde, administração pública, informática e transporte.

[12] *Unidade PPP Brasil*. Estudo apresentado pela Secretaria de Planejamento e Investimentos Estratégicos – Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. 2003. p. 5.

Por conta deste caráter genérico da Lei e em razão da morosidade do Legislativo federal em aprovar a Lei das PPPs, diversos Estados, antes mesmo da promulgação da Lei n° 11.079/2004, já tinham publicado leis estaduais instituindo as Parcerias Público-Privadas em seus territórios.[13]

A Lei n° 11.079/2004 limitou ao tratar do conceito de Parceria[14] Público-privada em seu artigo 2°, que assim dispôs:

> *"Art. 2º Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa."*

Na verdade, não foi preocupação do legislador trazer um conceito de parceria público-privada. Ele restringiu-se a dizer que se trata de um contrato administrativo e a elencar suas modalidades, das quais trataremos em seguida. Entretanto, para fins acadêmicos, seria possível visualizar a Parceria Público-Privada típica como sendo a situação em que o particular assume o risco de projetar e construir uma determinada obra para, mantendo a propriedade desta após a sua conclusão, colocar os seus frutos à disposição do Estado ou da comunidade mediante um contrato de operação de longo prazo, fazendo jus a uma remuneração periódica do Estado se atender às metas e requisitos de qualidade previamente acordados.[15]

Em razão da não fixação de um conceito fechado de PPPs pela Lei n° 11.079/2004, seria possível vislumbrar aí uma maior facilidade e maior amplitude de atividades que poderiam ser beneficiadas pelas parcerias.[16]

---

[13] Coube ao estado de Minas Gerais a aprovação da primeira norma legal sobre a matéria. Trata-se da Lei n° 14.868, de 16 de dezembro de 2003. O Estado de Minas Gerais atento à necessidade do estabelecimento de um marco regulatório completo, capaz de propiciar uma efetividade à celebração das Parcerias, promulgou outros diplomas legais, que caracterizam o sistema regulatório das Parcerias Público-Privadas deste estado. Destaca-se, desta forma, a lei que instituiu o Programa Estadual de PPPs (Lei n° 14.868), a lei que criou o Fundo de PPPs (Lei n° 14.869), a lei que ampliou o objeto da Companhia Mineradora de Minas Gerais (COMIG), rebatizada de Companhia de Desenvolvimento de Minas Gerais (CODEMIG) – a lei n° 14.892 – e o decreto que instalou o conselho gestor de PPPs no estado (Decreto 43.702). Relevante também são os avanços realizados no Estado de São Paulo. A Lei estadual n° 11.688, de 19 de maio de 2004, cuidou de instituir o programa de PPPs. O marco legal do Estado foi publicado tendo em vista três grandes projetos já anunciados pelo governo: a) o corredor de importação/exportação Campinas- São José dos Campos – Porto de São Sebastião; b) a linha 4 do Metrô[13] e c) a remodelação do complexo desportivo do Ibirapuera. Além dos estados de Minas Gerais e São Paulo, também já promulgaram leis sobre Parcerias Público-Privadas os estados de Santa Catarina (Lei Estadual n° 12.930, de 04.02.2004), Goiás (Lei Estadual n° 14.910, de 11.08.2004), Bahia (Lei Estadual n° 9.290, de 27.12.2004), Ceará (Lei Estadual n° 13.557, de 30.12.2004), Rio Grande do Sul (Lei Estadual n° 12.234, de 13.01.2004) e o Distrito federal (Lei Distrital n° 3.418, de 04.08.2004).MAWAKDIYE, Alberto. Procuram-se Parceiros. In: *Problemas Brasileiros,* n° 365. São Paulo. 2004. p. 4.

[14] *"A palavra parceria, do latim partiarius, participante, vem sendo empregada tradicionalmente em direito para designar uma forma sui generis de sociedade em que não se dá a composição de um capital social nem a instituição de uma nova pessoa, mas, apenas uma relação negocial em que uma das partes assume obrigações determinadas com vistas a participar de lucros alcançados."*NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Curso de Direito Administrativo.* 14ª Edição. Rio de Janeiro: Ed. Forense. 2004. p. 149.

[15] MEYER, Antônio Corrêa; ENEI, José Virgílio Lopes. *As parcerias público-privadas.* Artigo publicado no jornal Valor Econômico, numa série de 15 artigos sobre as parcerias público-privadas. Publicado em 26 de março de 2004.

[16] S*"O trabalho evidencia, também, que os Planos Plurianuais não consideram como parceria uma série de ações nas quais a iniciativa privada tem execução e/ou gerenciamento, mas não aloca recursos financeiros. São parcerias na área social, como as de saúde e de educação, em que, normalmente, os recursos financeiros são alocados pelo setor público e a administração fica a cargo de organizações não-governamentais e/ou de instituições filantrópicas sem fins lucrativos, com atuação voltada ao interesse público. Outro tipo de parceria*

Desta forma, percebe-se que a ausência de uma previsão expressa na Lei n° 11.079/2004 e previsões incompletas e incertas no Plano Plurianual, permitem aos futuros parceiros vislumbrar um leque de atividades mais amplo a ser beneficiado pelas PPPs.[17]

1.3.1 Concessão Patrocinada e Concessão Administrativa

O artigo 2° da Lei n° 11.079/2004 dispõe:

> *"Art. 2º Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.*
>
> *§ 1º Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.*
>
> *§ 2º Concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens."*

Em linhas gerais, a diferença entre uma PPP e uma concessão (ou uma autorização ou permissão) de serviços públicos é que, na primeira, o particular constrói a obra de infra-estrutura necessária e, contratualmente, em troca de uma remuneração a ser paga pelo Poder Público, coloca tal obra à disposição do Governo, para que este preste diretamente o serviço público em lugar da Administração que lhe concede esse direito.

Numa concessão, de forma diversa, o Governo concede ao particular o direito de, por exemplo, prestar serviços de telefonia ao público em geral, de acordo com normas e padrões pré-estabelecidos. O serviço é prestado diretamente pelo particular e a sua receita advém dos pagamentos das tarifas que o público usuário daquele serviço irá pagar por sua utilização[18].

---

não considerada nos PPAs é implementada pela Universidade de Brasília, que faz parceria com a iniciativa privada para maximizar o retorno financeiro da alienação de seu bens imóveis, com a finalidade de ampliar investimentos em ensino e pesquisa. Além dessas, cabe mencionar que todas as licitações promovidas pela Agência Nacional do Petróleo também não foram consideradas como parcerias.

(...) Constata-se elevado número de parcerias relacionadas no Plano que não vingaram, enquanto outras que não constavam dele foram implementadas.

Essa dificuldade de o Plano prever os empreendimentos em PPP deve-se, em parte, à própria lógica do setor privado, que somente investe seus recursos após se convencer de que escolheu a melhor opção em termos de rentabilidade, segurança e estratégia operacional. Por isso, projetos que não estavam previstos foram licitados ou autorizados porque os empresários consideraram-nos rentáveis ou estratégicos para as suas atividades e apresentaram-se à agência reguladora como interessados no investimento. Em síntese, há uma dinâmica própria do setor privado na identificação de projetos que não foi contemplada na elaboração do Plano, gerando essa discrepância entre o planejado e o executado." SOARES, Ricardo Pereira; NETO, Carlos Álvares da Silva Campos. Considerações sobre o projeto de lei de Parceria Público Privada (PPP) em face da experiência recente do Brasil. In: *Sumário executivo – texto para discussão no IPEA*. Brasília. 2004. p. 9-10.

[17] Alguns exemplos seriam as áreas de saúde, segurança pública e educação, construção e operação de rodovias, ferrovias, aeroportos, sistemas de tratamento de água e esgoto, usinas geradoras de eletricidade, hospitais, presídios, universidades e escolas públicas.

[18] "*A distinção fundamental, portanto, entre a nova concessão administrativa e a concessão comum (regida pela Lei nº 8.987/95) está na forma de remuneração do concessionário: na primeira, o Poder Público comparece*

No caso da Lei 11.079, definiu-se as PPPs como sendo concessões nas modalidades patrocinada e administrativa.

A concessão patrocinada, de acordo com a definição legal efetuada pelo parágrafo 1° do art. 2°, é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei 8.987/95, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado. Neste caso, como o próprio nome indica, o parceiro público patrocina a concessão mediante um pagamento ao parceiro privado, independente da tarifa cobrada dos usuários.

Já na concessão administrativa, há contrato de prestação de serviços em que a Administração Pública será usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento de instalação de bens (parágrafo 2° do art. 2° da Lei n° 11.079/2004). Nesta circunstância, como não há tarifa a ser cobrada de usuário particular; usuária direta ou indireta é a própria Administração, devendo, portanto, a concessão prever as circunstâncias para a amortização do investimento realizado pelo parceiro privado.[19]

1.3.2 A Escolha do Parceiro Privado

A seleção, pela Administração Pública, do parceiro privado nos projetos de Parceria Público Privada será realizada através de processo licitatório, na modalidade de concorrência. Nesse sentido, aponta-se o artigo 10 da Lei 11.079/2004, *in verbis*:

> *" Art. 10. A contratação de parceria público-privada será precedida de licitação na modalidade de concorrência, estando a abertura do processo licitatório condicionada a:"*

Seguindo em caminho diverso ao adotado pela Lei de Concessões (Lei n° 8.987/95), que adota, praticamente, sem alterações o procedimento tradicional da concorrência da Lei n° 8.666/93 (Lei de Licitações), a Lei das PPPs introduz à concorrência uma série de modificações, incluindo a adoção de mecanismos dinâmicos inspirados na modalidade de licitação denominada pregão.

Alguns pontos diferenciais se destacam:

- Na concorrência estabelecida pela Lei das PPPs, o edital poderá prever que a fase de julgamento das propostas ocorrerá antes da habilitação dos licitantes – tal como ocorre no pregão. Uma vez analisadas e julgadas as propostas, é verificada a habilitação apenas do licitante que apresentou a melhor proposta. Se esse licitante for habilitado, sagra-se vencedor.[20]

---

com pagamentos de natureza pecuniária, complementares à tarifa: na segunda, além da cobrança de tarifas pode o concessionário ser remunerado por receitas alternativas (Lei nº 8.987/95), desde que estas não envolvam pagamentos de natureza pecuniária feitos pela Administração Pública." BINENBOJM, Gustavo. As Parcerias Público-Privadas (PPPS) e a Constituição. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico. Número 2. maio/julho 2005.

[19] MUKAI, Toshio. *Parcerias Público-Privadas.* 1ª Edição. Rio de Janeiro: Ed. Forense Universitária. 2005. p. 4-6.

[20] Lei n° 11.079/2004: "*Art. 13. O edital poderá prever a inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento, hipótese em que:*

I – encerrada a fase de classificação das propostas ou o oferecimento de lances, será aberto o invólucro com os documentos de habilitação do licitante mais bem classificado, para verificação do atendimento das condições fixadas no edital;

- poderá o edital prever o oferecimento de lances sucessivos em viva voz pelos licitantes, após a abertura dos envelopes com as propostas econômicas. Trata-se, na verdade, de inovação que não houvera sido aplicada na modalidade de concorrência antes. Tem por objetivo aumentar a competitividade entre os licitantes, propiciando, dessa forma, uma melhora na proposta final.[21]

- na licitação das PPPs, o edital poderá prever que a proposta técnica será eliminatória – e não apenas classificatória, como no modelo tradicional da Lei n° 8.666/1993. Isso permitirá à Administração certificar-se de que os licitantes darão a devida importância à proposta técnica. Propiciará, ainda, que a participação em eventuais lances em viva voz para propostas econômicas seja restrita apenas àqueles licitantes cuja proposta técnica tenha atingido a pontuação mínima exigida.[22]

Essas inovações no modelo licitatório demonstram a tendência da Administração em buscar uma negociação prévia e uma parceria muito mais dinâmica e voltada para a celebração de contratos a evitar conflitos com o futuro parceiro.

1.3.3 As garantias contratuais

Um dos pontos mais nevrálgicos, e que mais dificultou a aprovação da Lei n° 11.079/2004, foi a definição das garantias que seriam oferecidas pelo Poder Público ao parceiro privado, quando da celebração de um contrato de PPP. Isso porque as garantias a serem ofertadas pela Administração significam um sinal que o Estado dá ao particular, no caso de descumprimento de suas obrigações contratuais, que aquele terá condições de ressarcir, de maneira rápida e eficaz, os prejuízos que tal inadimplência o tenha causado.

Os projetos de PPPs serão necessariamente implantados e geridos por uma sociedade de propósito específico (SPE), cuja maioria do capital votante não pode, por lei, ser detida por órgão da administração pública. Muito embora a transferência do controle da SPE dependa de autorização expressa da Administração, os requisitos e condições para que a transferência ocorra para os financiadores do projeto, visando promover sua reestruturação financeira e a continuidade dos serviços, poderão estar previstos no contrato de PPP.

II – verificado o atendimento das exigências do edital, o licitante será declarado vencedor;

III – inabilitado o licitante melhor classificado, serão analisados os documentos habilitatórios do licitante com a proposta classificada em 2º (segundo) lugar, e assim, sucessivamente, até que um licitante classificado atenda às condições fixadas no edital;

IV – proclamado o resultado final do certame, o objeto será adjudicado ao vencedor nas condições técnicas e econômicas por ele ofertadas."

[21] Lei n° 11.079/2004: *"Art. 12. O certame para a contratação de parcerias público-privadas obedecerá ao procedimento previsto na legislação vigente sobre licitações e contratos administrativos e também ao seguinte:*

III – o edital definirá a forma de apresentação das propostas econômicas, admitindo-se:

§ 1º Na hipótese da alínea b do inciso III do caput deste artigo: I - os lances em viva voz serão sempre oferecidos na ordem inversa da classificação das propostas escritas, sendo vedado ao edital limitar a quantidade de lances; II – o edital poderá restringir a apresentação de lances em viva voz aos licitantes cuja proposta escrita for no máximo 20% (vinte por cento) maior que o valor da melhor proposta."

[22] *Art. 12. O certame para a contratação de parcerias público-privadas obedecerá ao procedimento previsto na legislação vigente sobre licitações e contratos administrativos e também ao seguinte:*

I – o julgamento poderá ser precedido de etapa de qualificação de propostas técnicas, desclassificando-se os licitantes que não alcançarem a pontuação mínima, os quais não participarão das etapas seguintes;

No mesmo sentido, a Lei permite que o contrato estabeleça, nos termos do artigo 5°:

> *"Art. 5º As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever:*
>
> *§ 2º Os contratos poderão prever adicionalmente:*
>
> *II – a possibilidade de emissão de empenho em nome dos financiadores do projeto em relação às obrigações pecuniárias da Administração Pública;*
>
> *III – a legitimidade dos financiadores do projeto para receber indenizações por extinção antecipada do contrato, bem como pagamentos efetuados pelos fundos e empresas estatais garantidores de parcerias público-privadas."*

Desta forma, a norma legal procurou estabelecer um espectro de proteção tanto ao parceiro como aos financiadores do projeto. E ainda foi além, estabelecendo em seu artigo 8° as garantias diretas às obrigações pecuniárias assumidas pelo Poder Público. Assim dispõe:

> *"Art. 8º As obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contrato de parceria público-privada poderão ser garantidas mediante:*
>
> *I – vinculação de receitas, observado o disposto no inciso IV do art. 167 da Constituição Federal;*
>
> *II – instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei;*
>
> *III – contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público;*
>
> *IV – garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam controladas pelo Poder Público;*
>
> *V – garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade;*
>
> *VI – outros mecanismos admitidos em lei."*

Quanto à vinculação de receitas, esta deverá ser realizada observando-se as limitações constitucionais, que impedem a vinculação de receitas de impostos. Contudo, as receitas decorrentes dos demais tributos e de outras fontes poderão ser vinculadas para garantir as obrigações assumidas.

De outro modo, a lei permite a celebração de seguro garantia, o qual deverá ser contratado com companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público[23]. É uma garantia forte do ponto de vista da liquidez e dos riscos por ela cobertos, embora, muitas vezes, seja altamente custosa.

A prestação de garantia em projetos de PPP por fundo garantidor constituído para este fim mereceu disposições específicas na Lei n° 11.079/2004. No Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas (FGP), a União, suas autarquias e fundações públicas poderão

[23] Lei n° 11.079/04: "*Art. 8º As obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contrato de parceria público-privada poderão ser garantidas mediante: III – contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público;"*

participar como quotistas, até o limite global de seis bilhões de reais, integralizando suas respectivas participações com aporte de dinheiro, títulos da dívida pública, bens imóveis dominicais, bens móveis, inclusive ações de sociedade de economia mista federal, excedentes ao necessário para manutenção do seu controle pela União, ou outros direitos com valor patrimonial. Esse FGP terá por única finalidade garantir as obrigações pecuniárias da Administração Pública Federal em contratos de PPPs.[24]

---

[24] Lei n° 11.079/04: "*Art. 16. Ficam a União, suas autarquias e fundações públicas autorizadas a participar, no limite global de R$ 6.000.000.000,00 (seis bilhões de reais), em Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas – FGP, que terá por finalidade prestar garantia de pagamento de obrigações pecuniárias assumidas pelos parceiros públicos federais em virtude das parcerias de que trata esta Lei.*

§ 1º O FGP terá natureza privada e patrimônio próprio separado do patrimônio dos cotistas, e será sujeito a direitos e obrigações próprios.

§ 2º O patrimônio do Fundo será formado pelo aporte de bens e direitos realizado pelos cotistas, por meio da integralização de cotas e pelos rendimentos obtidos com sua administração.

§ 3º Os bens e direitos transferidos ao Fundo serão avaliados por empresa especializada, que deverá apresentar laudo fundamentado, com indicação dos critérios de avaliação adotados e instruído com os documentos relativos aos bens avaliados.

§ 4º A integralização das cotas poderá ser realizada em dinheiro, títulos da dívida pública, bens imóveis dominicais, bens móveis, inclusive ações de sociedade de economia mista federal excedentes ao necessário para manutenção de seu controle pela União, ou outros direitos com valor patrimonial.

§ 5º O FGP responderá por suas obrigações com os bens e direitos integrantes de seu patrimônio, não respondendo os cotistas por qualquer obrigação do Fundo, salvo pela integralização das cotas que subscreverem.

§ 6º A integralização com bens a que se refere o § 4º deste artigo será feita independentemente de licitação, mediante prévia avaliação e autorização específica do Presidente da República, por proposta do Ministro da Fazenda.

§ 7º O aporte de bens de uso especial ou de uso comum no FGP será condicionado a sua desafetação de forma individualizada."

"Art. 18. As garantias do FGP serão prestadas proporcionalmente ao valor da participação de cada cotista, sendo vedada a concessão de garantia cujo valor presente líquido, somado ao das garantias anteriormente prestadas e demais obrigações, supere o ativo total do FGP.

§ 1º A garantia será prestada na forma aprovada pela assembléia dos cotistas, nas seguintes modalidades:

I – fiança, sem benefício de ordem para o fiador;

II – penhor de bens móveis ou de direitos integrantes do patrimônio do FGP, sem transferência da posse da coisa empenhada antes da execução da garantia;

III – hipoteca de bens imóveis do patrimônio do FGP;

IV – alienação fiduciária, permanecendo a posse direta dos bens com o FGP ou com agente fiduciário por ele contratado antes da execução da garantia;

V – outros contratos que produzam efeito de garantia, desde que não transfiram a titularidade ou posse direta dos bens ao parceiro privado antes da execução da garantia;

VI – garantia, real ou pessoal, vinculada a um patrimônio de afetação constituído em decorrência da separação de bens e direitos pertencentes ao FGP.

§ 2º O FGP poderá prestar contra-garantias a seguradoras, instituições financeiras e organismos internacionais que garantirem o cumprimento das obrigações pecuniárias dos cotistas em contratos de parceria público-privadas.

§ 3º A quitação pelo parceiro público de cada parcela de débito garantido pelo FGP importará exoneração proporcional da garantia.

§ 4º No caso de crédito líquido e certo, constante de título exigível aceito e não pago pelo parceiro público, a garantia poderá ser acionada pelo parceiro privado a partir do 45º (quadragésimo quinto) dia do seu vencimento.

Dessa forma, a implementação desse fundo significa grande atrativo aos parceiros privados, uma vez que, em havendo disputas e conflitos entre eles e o Poder Público e em havendo solução pela via arbitral favorável ao particular, eles terão uma fonte certa para ressarcir prejuízos que tenham sido reconhecidos.

Desta forma, tais características demonstram a riqueza de uma Parceria Público-Privada. Mas a ausência de conceitos bem definidos e uma grande incerteza de qual será o posicionamento da iniciativa privada diante das ofertas do Poder Público, fazem ainda do tema um desafio.

Ademais, por uma parceria significar a união de interesses antagônicos, mas que apresentam um objetivo comum, faz-se necessário, a partir de agora, tratar do mecanismo de solução de litígios, que venham a surgir entre esses parceiros, mais adequado ao cenário criado pelas PPPs.

2.1 A evolução legislativa e a consagração do instituto na lei das PPPs

O legislador pátrio vem firmando uma tendência de fixar nos instrumentos legislativos a possibilidade de o ente público se submeter à arbitragem.

Na Lei 5.662/71, previu-se a possibilidade de o BNDES (Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social), empresa pública federal, submeter litígios advindos de suas contratações à arbitragem. Entre as leis mais recentes, a Lei 8.987/95, relativa à concessão e permissão de prestação de serviços públicos, em seu art. 23, XV, autoriza o recurso à composição amigável, para a solução dos conflitos relativos aos contratos que especifica. Diversos autores entendem que o legislador referiu-se tanto à conciliação como à arbitragem.

Entretanto, esse entendimento encontra-se superado em razão da modificação operada na Lei de Concessões. A partir de agora a Lei 8.987/95 dispõe:

> *"Art. 23-A. O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato,* inclusive a arbitragem*, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996."* (grifo acrescentado)

Desta forma, resta evidente que a Lei de Concessões adotou posição *favor arbitratis*. Na verdade, podemos, inclusive, dizer que a modificação de Lei 8.987/95 acompanhou a tendência que já vinha sendo implementada. Além disso, a nova redação seguiu o que fora disposto na Lei de PPPs.

Com relação ao setor de energia elétrica, a Lei 9.427/96, em seu art. 3°, V, prevê a competência da Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel para, no âmbito administrativo,

---

§ 5º O parceiro privado poderá acionar a garantia relativa a débitos constantes de faturas emitidas e ainda não aceitas pelo parceiro público, desde que, transcorridos mais de 90 (noventa) dias de seu vencimento, não tenha havido sua rejeição expressa por ato motivado.

§ 6º A quitação de débito pelo FGP importará sua subrogação nos direitos do parceiro privado.

§ 7º Em caso de inadimplemento, os bens e direitos do Fundo poderão ser objeto de constrição judicial e alienação para satisfazer as obrigações garantidas."

resolver os conflitos *"entre concessionários, permissionários, autorizados, produtores independentes e autoprodutores, bem como entre esse agentes e seus consumidores"*.

Quanto ao setor de telecomunicações, cumpre salientar que a Lei 9.472/97, em seu artigo 19, XVII, reconhece a competência da Anatel para compor, em sede administrativa, os conflitos de interesses entre as prestadoras de serviço de telecomunicações.

Na mesma esteira, a Lei 9.478/97, relativa à Política Energética Nacional e atividades ligadas ao monopólio do petróleo, em seu art. 43, X, exige a inserção, nos contratos de concessão do setor, de cláusula prevendo a composição de litígios relativos ao contrato e a sua execução, mediante a utilização de meios alternativos, mais especificamente, a conciliação e a arbitragem.

A consagração da arbitragem como forma de solução de litígios por entes públicos, mais recentemente, veio com a própria Lei das Parcerias Público-Privadas. O projeto de PPP também sofreu diversas alterações, mas prevaleceu a proposta de que a arbitragem seja feita no Brasil, em língua portuguesa e com base na Lei 9.307, que trata do assunto, tendo sido retirada do texto a exigência de que os árbitros sejam brasileiros[25].

Essencial foi a consagração da arbitragem como meio de solução de controvérsias nos contratos de PPP. Isto porque, tendo que recorrer à via judicial, o investidor enfrentaria o risco de morosidade que no caso de ações contra a administração pública direta, é agravado pela impenhorabilidade dos bens públicos e pela execução via precatório. Mais uma vez, garantias bem estruturadas podem acelerar o resultado. Adicionalmente, o uso de uma empresa estatal para celebrar os contratos de PPP, em nome do Estado, pode dispensar o rito do precatório.

A inclusão de cláusula arbitral no contrato de PPP pode favorecer a celeridade e a tomada de decisões mais técnicas, resultantes de árbitros especializados em projetos dessa natureza. Desta forma, características ínsitas à arbitragem permitem que o instituto seja o mais adequado no cenário das Parcerias Público-Privadas.

2.2 Arbitrabilidade Subjetiva e Objetiva nas PPPs

Tem prevalecido em doutrina e jurisprudência o entendimento de que para que um ente público se submeta à arbitragem é necessária autorização legislativa para este fim. Destacam-se os ensinamentos de Luis Roberto Barroso:

> *"É razoável considerar que a mesma lei que autoriza a Administração a clausular arbitragem em determinado espaço de atuação (como, e.g., a Lei de Concessões) implicitamente considera*

[25] A mesma exigência encontra-se na Lei espanhola:

"Los contratos también deben incluir mecanismos de solución alternativa de conflictos, evitando que los casos tengan que ser presentados a la justicia ordinária, com los correpondientes riesgos de dilatación de los procesos judiciales. Este requisito há sido parte importante de lãs nuevas normas legales, pero su inclusión en los contratos há enfrentado interpreaciones opuestas sobre la validez constitucional, lo cual há disminuido la seguridad de implantación de estas normas contractuales en caso de conflicto entre las partes." RUBIO, Luis A. Conceptualización y Formas de Financiamiento. In: *Seminário Internacional de Parcerias Público-Privadas para a provisão de serviços de infra-estrutura.* Rio de Janeiro. 2003.

> *como disponíveis os interesses públicos ali envolvidos; caso contrário, eles não poderiam estar sujeitos ao juízo arbitral. Isto é: não são necessárias duas manifestações legislativas autônomas."*[26]

No caso das Parcerias Público-Privadas, o legislador trouxe a autorização legislativa no artigo 11 inciso III da Lei 11.079/2004[27]. A redação final do dispositivo é a que se segue:

> *"Art. 11 O instrumento convocatório conterá minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3o e 4o do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever:*
>
> *III – o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato."*

Desta forma, do ponto de vista da arbitrabilidade subjetiva, o Estado já teria sua capacidade de submissão configurada, em razão da existência de lei autorizativa específica[28]. Cabe agora analisar a arbitrabilidade objetiva dos eventuais litígios que venham a surgir.

Deverão ser submetidas à arbitragem as lides que estejam relacionadas a direito patrimoniais disponíveis, como no caso de equação econômica-financeira (solução de aplicação de índices de reajuste, modificações na relação encargo benefício), mas não nos casos de prestação do serviço público pelo ente particular (condições de qualidade, prestação do serviço) [29]

Assim, o exame da arbitrabilidade objetiva perpassa pela consagração das disputas que podem ser submetidas à arbitragem. Para isto, resta evidente a aplicação do artigo 1º da Lei de Arbitragem.[30]

Entretanto, devemos manter uma análise cautelosa a respeito dos litígios arbitráveis. Alguns pontos devem ser levados em consideração:

---

[26] BARROSO, Luís Roberto. Sociedade de economia mista prestadora de serviço público. Cláusula arbitral inserida em contrato administrativo sem prévia autorização legal. Invalidade. In: *Temas de direito constitucional*, Tomo II. Rio de Janeiro: Ed. Renovar. 2003 p. 628.

[27] Consideramos que está presente também na nova redação da Lei de Concessões a autorização que configura a arbitrabilidade subjetiva para o Estado nos contratos de concessão. V. Art. 23-A Lei 8.987/95.

[28] Há quem entenda não ser necessária a promulgação da referida lei autorizativa: "*A autorização legal (geral e orçamentária) para a realização de despesas pela Administração, mediante celebração de contratos com particulares, importa, a fortiori, a autorização para que o administrador faça uso de todos os meios negociais disponíveis para a melhor consecução dos interesses da coletividade. Assim, v.g., pode a Administração Pública proceder ao acertamento direto de seus conflitos com os particulares, o que não ofende à legalidade. Por igual razão, pode a Administração pactuar a realização de procedimento arbitral, como o meio mais eficiente de solução de suas controvérsias com particulares. Trata-se de um poder implícito ao dever de bem administrar o patrimônio público e promover o interesse público aquele de obrigar-se à solução arbitral de litígios."*

[29] SERRANO, Pedro Estevam. Opiniões emitidas em entrevista concedida ao site InvestNews (www.investnews.com.br) em 22 de setembro de 2004.

[30] *"Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis."*

2.2.1 Sigilo X Publicidade Pública

Suzana Domingues Medeiros comentando esse aparente conflito entre o sigilo característico das arbitragens e o princípio da publicidade que informa o direito administrativo, afirma:

> *"A privacidade e o sigilo são características inerentes a um procedimento arbitral. Contudo, quando o Estado figura em um dos pólos da relação jurídica, essas prerrogativas terão de ser relativizadas. A atividade da Administração, como sabemos deve sempre se pautar pelos princípios da publicidade e da transparência."*[31]

Desta forma, o sigilo característicos dos procedimentos arbitrais não pode ser visto aprioristicamente como um entrave à utilização da arbitragem por entes da administração pública. Deve haver, no entanto, um sopesar entre este caracter e o princípio da publicidade de modo que tanto os interesses públicos devem ser respeitados como a decisão arbitral deve receber a divulgação pertinente quando determinado por lei, mas também os interesses do concessionário deverão ser preservados, no sentido de manter a adequada privacidade nas audiências, bem como quanto aos documentos comerciais e estratégicos das empresas que instruírem o processo arbitral, salvo disposição em contrário das partes ou determinação legal.

Desta forma, é aconselhável que o contrato a ser celebrado entre os parceiros deva prever, na cláusula arbitral, o nível de publicidade que se dará a arbitragem caso ela venha a ser instituída. Essa precaução permite evitar problemas maiores no momento de eventual litígio.[32]

2.2.2 Pagamento X Precatório

Um dos grandes riscos que se coloca ao Parceiro Privado ao celebrar um contrato de PPP, é o de não ter satisfeitos seus créditos quando o acordo se desfaz. Ainda que o acordo não tenha sido desfeito é possível que a administração deixe de adimplir com suas obrigações financeiras. O que se coloca é: teria que o parceiro se submeter ao falho sistema de precatórios para fazer valer o seu crédito?

---

[31] MEDEIROS, Suzana Domingues. Algumas questões sobre arbitragem envolvendo a Administração Pública no direito brasileiro. In: *Revista Trimestral de Direito Civil,* vol.5, n° 17. Rio de Janeiro. 2004. p. 101.

[32] *"Outro ponto a destacar em relação ao tema da solução de conflitos nos contratos administrativos é o que diz respeito à transparência de que devem se revestir os atos da administração pública, em consonância com o princípio da publicidade. Nesse sentido, Marcelo de Oliveira Mello ressalta que não há exigência legal para que o procedimento arbitral seja conduzido em regime de confidencialidade, assinalando que esta não é característica essencial da arbitragem privada. Dessa forma, na cláusula compromissória dos contratos administrativos deverá constar dispositivo expresso que determine a publicidade dos atos do procedimento arbitral, em conformidade com o disposto nos arts. 5°, LX e 37 da Constituição Federal."* BUCHEB, José Alberto. *A Arbitragem Internacional nos Contratos da Indústria do Petróleo.* Rio de Janeiro: Lúmen Iuris. 2002. p. 15.

Mencionamos, anteriormente, que este problema foi antevisto pelo legislador, o qual consagrou na Lei 11.079/2004, artigo 16, o Fundo Garantidor das Parcerias Público-Privadas.[33]

A existência desse fundo também é um facilitador para o caso de uma arbitragem. O parceiro privado saberá que, havendo litígio, sendo este submetido à arbitragem e sendo ele o vencedor na disputa, ele poderá se valer de um fundo líquido para, de imediato, promover a execução do ente e receber seus créditos.

3. Artigo 11 inciso III

Cabe-nos agora analisar o dispositivo que consagrou a utilização de arbitragem nos contratos de parceria Público-Privada. A redação inicial do projeto de PPPs previa:

> *"Artigo 10 A contratação de parceria público-privada deve ser precedida de licitação na modalidade de concorrência, observado o seguinte:*
>
> *III- o edital de licitação, poderá exigir:*
>
> *e) facultar a adoção da arbitragem para solução dos conflitos decorrentes da execução do contrato."*

Esta confusa redação foi substituída, tendo sido incluída, durante a tramitação do projeto a exigência de que os árbitros fossem brasileiros. Essa previsão estava em descompasso com a tradição da liberdade das partes na escolha dos árbitros.[34]

Todavia, quando da promulgação da Lei das PPPs permaneu no dispositivo somente as exigências de que a arbitragem seja feita no Brasil, em língua portuguesa e com base na Lei 9.307, que trata do assunto.[35]

Sobre a vinculação à língua portuguesa destaca-se o entendimento de José Emílio Nunes proferido no Congresso de Arbitragem realizado na Confederação Nacional do Comércio: *para ele não haveria impedimento em utilizar-se de testemunha estrangeira, por exemplo. A exigência da arbitragem ser em português significa que a língua oficial será o*

---

[33] "*De acordo com a proposta da Abdib, cada projeto de PPP seria garantido por uma cota específica do Fundo, que durante a execução do contrato ficaria sob a guarda de um banco privado. Em caso de calote do Governo, a cota seria automaticamente transferida ao parceiro privado, que então poderia vende-la para receber seu pagamento sem pedir licença ao Governo ou ao banco público encarregado de administrar o FGP."* MUKAI, Toshio. *Parcerias Público-Privadas.* 1ª Edição. Rio de Janeiro: Ed. Forense Universitária. 2005. p. 13.

[34] *"Note-se que, como as partes são livres para indicar os árbitros que desejam, isso inclui a faculdade de restringir a escolha com base em algumas características pessoais, tais como profissão, nacionalidade e especialização, dentre outros. Assim, a regra fundamental é que a vontade das partes seja respeitada, atendidos, obviamente, os princípios fundamentais do contraditório, ampla defesa e ordem pública."* DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Arbitragem Comercial Internacional.* Rio de Janeiro: Ed. Renovar. 2003. p. 19.

[35] "*Art. 11. O instrumento convocatório conterá minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3o e 4o do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever:*

III – o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da *Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996*, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato."(grifo acrescentado) Redação semelhante foi consagrada no Artigo 23-A da Lei 8.987/95: "*Art. 23-A. O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato,* inclusive a arbitragem*, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996."* (grifo acrescentado)

português, devendo eventuais documentos ou depoimentos serem traduzidos para o vernáculo.[36]

Alguns autores relatam que certas partes já admitiram em sua arbitragem a utilização de mais de uma língua. Por meio de disposição contratual permitia-se que documentos pudessem ser submetidos sem tradução desde que num determinado idioma que o contrato indique. Entretanto, ainda assim, é comum o surgimento de controvérsias em razão da infidelidade de tradução de contratos bilíngües em que a versão da língua em que o contrato foi negociado apresenta discrepâncias em relação à outra versão, em geral feita às pressas.[37]

Finalmente, o dispositivo vinculou a sede da arbitragem[38] ao Brasil. Isso demonstra uma certa parcialidade do Estado Brasileiro. Na verdade, o legislador seguiu a tendência já consagrada em outros diplomas em fixar a sede da solução dos litígios em que a Administração seja parte no Brasil.

O Decreto-lei n° 15.783/1922, que regulamentava o código de contabilidade da União previa no artigo 775 parágrafo 1° a obrigatoriedade de cláusula declarando competente o foro nacional brasileiro nos contratos administrativos. Posteriormente, o Decreto-lei 2.300/86, que regulava as licitações e contratos da Administração, previu a obrigatoriedade de cláusula que declarasse como competente o foro do Distrito Federal para solucionar qualquer litígio contratual. Em 1987, foi promulgado o Decreto-lei 2.348/87, alterando alguns dispositivos do Decreto-lei 2.300/86. Este novo diploma trouxe como inovação o parágrafo único do artigo 45, prevendo a possibilidade do juízo arbitral ser instaurado nas hipóteses de licitação internacional elencadas no parágrafo 13° do artigo 25.[39]

---

[36] Congresso de Arbitragem realizado na Confederação Nacional do Comércio, Rio de Janeiro, em maio de 2005.

[37] BUCHEB, José Alberto. *A Arbitragem Internacional nos Contratos da Indústria do Petróleo*. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris. 2002. p. 49.

[38] *"Adicionalmente, a lei do local da arbitragem poderá determinar a solução para os evetuais incidentes processuais que venham a ocorrer durante o feito. Vale mencionar, ainda, que na hipótese de as partes houverem silenciado ou não chegarem a acordo em relação à lei aplicável, o DIP local poderá indicar a aplicação de uma lei determinada para a execução e interpretação do contrato. Por estas razões e por se tratarem de tradicionais centros de arbitragem internacional, localizando-se em países com legislação arbitral avançada, na maior parte dos contratos internacionais da indústria do petróleo as cidades de Londres, Paris e Genebra são eleitas para a sede do foro arbitral."* BUCHEB,José Alberto. A Arbitragem Internacional nos Contratos da Indústria do Petróleo. Lúmen Iuris, Rio de Janeiro. (2002). p. 48. Eduardo Talamini assim se pronunciou: *"Trata-se de uma cláusula supérflua e talvez até contraproducente. Historicamente, não há razões para duvidar da idoneidade no desenvolvimento e solução de processos desenvolvidos fora do território nacional e que tenham por objeto questões de interesse público."* TALAMINI, Eduardo. Idioma e local da arbitragem sobre PPP. *Informativo Migalhas*. Disponível em: http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=9546. Acesso em 12/05/2005.

[39] "*A alteração introduzida pelo Decreto–lei nº 2.348/87 não era satisfatória, pois permitia a adoção da arbitragem apenas em hipóteses muito restritas de licitação internacional. Além disso, importante observar que o referido dispositivo somente previa a obrigatoriedade do foro do Distrito Federal para os contratos celebrados com pessoas físicas ou jurídicas domiciliadas no exterior. Todavia, não nos parece que esse dispositivo pudesse ser interpretado a contrario sensu, no sentido de considerar autorizada a arbitragem para os contratos com pessoas físicas ou jurídicas domiciliadas no País. Ora, não faria sentido o legislador vedar a adoção da arbitragem para os contratos celebrados com sociedades estrangeiras – em que com mais razão se justificaria a sua adoção – e permitir a sua utilização nos contratos com sociedades brasileiras. Ademais, a autorização para a utilização da arbitragem era prevista em casos excepcionais, devendo toda exceção ser interpretada restritivamente. Note-se, ainda, que a nova redação fazia menção expressa ao juízo arbitral e silenciava a respeito da cláusula de eleição de foro. Indagava-se se essa omissão poderia ser interpretada como uma intenção do legislador de tratar diferentemente as duas questões e considerar a arbitragem como um meio*

Com a lei 8.666/93, que se aplica à Administração Pública direta e indireta, previu-se no parágrafo 2° do artigo 55, a fixação do foro da administração para a solução de litígios em que esta seja parte, inclusive os decorrentes de contratos celebrados com pessoas físicas e jurídicas domiciliadas no Brasil.

Entretanto, ainda que a lei das PPPs tenha um caráter inovador ao trazer a previsão da arbitragem, mais uma vez o legislador brasileiro deixou de seguir a moderna normatização da arbitragem. [40]

Há, entretanto, aqueles que encontram no dispositivo a consagração de uma posição *favor arbitratis*. Entende-se que ao fixar que a arbitragem tenha que se realizar no Brasil, buscou-se definir que as sentenças arbitrais, que venham a ser emitidas no bojo de tais arbitragens, recebam o tratamento de sentença nacional, e não estrangeira – a qual necessitaria de homologação do STJ para produzir efeitos executivos. Defende-se ainda que a fixação da arbitragem com sede no Brasil seria benéfica porque facilitaria a obtenção de medidas cautelares e de pedidos de impugnação das sentenças arbitrais.[41]

Por derradeiro, cabe analisar a não inserção em diversas leis estaduais da previsão da arbitragem ser realizada no Brasil e em português. O que se deve visualizar é se a previsão da Lei Federal aplica-se a todos os entes federativos.

Inicialmente, destacamos que poderá haver três entendimentos. Se entendermos que a previsão refere-se a regras de direito material, devemos aplicar o artigo 22, inc. XXVII, da Constituição. Isso porque pelo mesmo cabe à União fixar normas gerais sobre contratação administrativa. Por assim ser, o artigo 11 inciso III não traz uma previsão genérica[42], mas uma regra específica a qual deve ser observada estritamente pela União.

Por outro lado, se entendermos que tal dispositivo refere-se ao direito processual[43], temos que este é um tema da competência privativa da União (artigo 22 inciso I da Constituição) e, portanto, seria de observância obrigatória por todos os Estados da Federação. É possível ainda vislumbrar no presente dispositivo mera regra procedimental. Em sendo assim, o artigo 24 inciso XI da Constituição determina que a competência para procedimentos em matéria processual é concorrente entre União, Estados e o Distrito Federal. Desta forma, seria possível aos Estados legislar de forma diversa, inclusive oposta, ao que fora fixado na legislação federal.[44]

---

neutro de solução de controvérsias, desvinculado do Poder Judiciário, sem qualquer implicação para o princípio da imunidade de jurisdição." Medeiros, Suzana Domingues. Estudo realizado na dissertação *Submissão do Estado brasileiro à Arbitragem,* defendida em agosto de 2005 no mestrado de Direito da UERJ.

40 *"(...) Observa-se uma nítida tendência dos tribunais estatais no sentido de desvincular a arbitragem da lei do local de sua sede, no que se refere ao reconhecimento extraterritorial. Assim, decisões que tenham sido declaradas nulas pelo judiciário do local da sede da arbitragem, ainda assim, tiveram reconhecimento extraterritorial."* DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Arbitragem Comercial Internacional.* Rio de Janeiro: Ed. Renovar. 2003. p. 257.

41 LUGON, Cecília Viana. Apontamentos Sobre a Arbitragem nos Contratos de Concessão. (no prelo)

42 Luis Roberto Barroso se manifesta*: "a lei de normas gerais deve ser uma lei quadro, uma moldura legislativa. São normas não exaustivas, incompletas, de modo a não esgotar na competência da União a matéria da legislação concorrente"*. BARROSO, Luís Roberto. Apontamentos sobre o Princípio da Legalidade. In: *Temas de Direito Constitucional*, Tomo I. Rio de Janeiro: Ed. Renovar. 2002. p. 186.

43 Sobre o tema ver esclarecimentos DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Arbitragem Comercial Internacional.* Rio de Janeiro: Ed. Renovar. 2003. p. 503 e seg.

44 Sobre a previsão na lei mineira: *"Os parágrafos do referido art. 13 definem como deverá ser o procedimento em caso de arbitragem. Os árbitros serão escolhidos dentre pessoas naturais de reconhecida idoneidade e*

Diante dos posicionamentos expostos, preferimos adotar a posição em que se defende tratar-se de dispositivo que estabelece regras procedimentais. Dessa forma, podem os estados estabelecer regras diferentes da estabelecida no art. 11 inciso III da Lei Federal.

4. Conclusão

O nosso estudo procurou dedicar-se a um tema muito recente e inovador: a conjugação entre as Parcerias Público-Privadas e a arbitragem. O instituto da arbitragem vem, principalmente a partir da publicação da lei 9.307/96, sendo amplamente discutido. Entretanto, a sua aplicação e utilização por entes da Administração Pública ainda é muito controvertida, não tendo alcançado sua maturação.

Apesar de tantas indefinições procuramos demonstrar que por meio das PPPs, o governo também estende sua influência a áreas de atuação e a processos decisórios privados a que, de outro modo, ele não alcançaria tão facilmente, permitindo um compartilhamento de custos e de ganhos.

Com o instituto das PPPs os governos federal, estaduais e municipais poderão atingir maior eficiência e qualidade na prestação de serviços, buscar maior competitividade no mercado, melhor qualidade do gasto e possibilidade de implantação dos projetos em menor tempo. Dessa forma, as PPPs se colocaram e se colocam como uma excelente alternativa e solução aos grandes gargalos de infra-estrutura brasileiros.

Consagrada a importância das Parcerias Público-Privadas, buscamos verificar a utilização da arbitragem como meio de solução de conflitos que venham a surgir entre os parceiros. Assim, características da arbitragem como a celeridade, a especialidade e a manutenção do relacionamento entre as partes, aspecto extremamente positivo em determinadas situações, como no caso em que as partes são signatárias de um contrato comercial de longo prazo, fazem da arbitragem o melhor mecanismo para a solução de referidas controvérsias.

---

conhecimento da matéria, devendo o procedimento ser realizado de conformidade com regras de arbitragem de órgão arbitral institucional ou entidade especializada.Está previsto, ainda, que a arbitragem terá lugar na capital do Estado, em cujo foro serão ajuizadas, se for o caso, as ações necessárias para assegurar a sua realização e a execução da sentença arbitral." BOTREL, Karla. Comentário à Lei Estadual n° 14.868, de 16.12.2003 – Minas Gerais. In: Parcerias Público-Privadas. Toshio Mukai (org.). 1ª Edição. Rio de Janeiro: Ed. Forense Universitária. 2005. p.49.

VIII. REFORMAS PROCESSUAIS: SISTEMATIZAÇÃO E PERSPECTIVAS.

Fernanda Medina Pantoja[1]

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Contexto teórico – 3. A primeira fase da Reforma Processual – 3. O breve segundo ciclo de leis reformadoras – 4. A terceira e atual etapa da Reforma Processual – 5. Propostas de reforma ainda não convertidas em lei.

RESUMO: Este trabalho se propõe a esboçar um mapeamento sintético da reforma processual civil, que se encontra em sua terceira etapa, de modo a oferecer uma visão geral e crítica de todo o movimento. Indicam-se, ainda, as mais recentes sugestões de aperfeiçoamento da legislação processual, algumas já convertidas em projeto de lei, ora em trâmite perante o Congresso Nacional.

ABSTRACT: The present study intends to provide a brief overview of the modifications which have occurred in Brazilian Civil Procedure Law over the last fifteen years, in order to present a wide and critical outlook on the reforming movement, which is currently in its third phase. In addition, the latest suggestions made by the Legislative Power to improve civil procedure system are presented.

PALAVRAS-CHAVE: reforma processual – leis processuais – Código de Processo Civil – projetos de lei

KEY WORDS: civil procedure reform – procedural law – Civil Procedure Code - bills

1. Introdução

Muito se tem escrito sobre as recentes leis de reforma da legislação processual civil brasileira, todas integrantes do que se convencionou chamar a "3ª Etapa da Reforma Processual". Desde a promulgação da Lei nº 11.187/2005, que generalizou o agravo das decisões interlocutórias na forma retida, já foram editadas diversas outras leis, sobre matérias que variam da alteração estrutural da execução por títulos judicial e extrajudicial à informatização dos procedimentos judiciais. Aguarda-se, ainda, a aprovação de outros tantos

[1] Mestranda em Direito Processual Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Pós-Graduada em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas – Rio de Janeiro. Advogada.

projetos, que uma vez convertidos em lei, passarão também a fazer parte desta aclamada 3ª etapa.

Pôde-se observar que os artigos dedicados ao exame da nova legislação restringem-se, por vezes, a um estudo pontual dos dispositivos alterados, sem a preocupação de balizar as três etapas da reforma, identificar as leis que as compõem e registrar, de modo amplo, suas principais novidades. Desta exposição sistemática, carecem especialmente os mais jovens estudiosos do Direito, que não puderam assistir de perto à evolução legislativa.

Na tentativa de contribuir para sanar esta deficiência, este trabalho se propõe a esboçar um mapeamento sintético da reforma processual, de modo a oferecer uma visão geral de todo o movimento. [2]

Registre-se que não houve a pretensão de esgotar cada uma das matérias objeto da reforma: procurou-se tão somente resumir as alterações havidas nos últimos quinze anos, correlacionando-as às respectivas fases.

A partir desta perspectiva sistemática (que deveria anteceder, aliás, toda e qualquer análise crítica), foi possível verificar que as consecutivas modificações legais nem sempre foram conduzidas de maneira linear e progressiva. Alguns institutos, como o agravo de instrumento, sofreram significativa reforma, mas (uma vez consideradas ineficazes as mudanças realizadas) retornaram ao seu *status quo ante* na fase subseqüente. Isto sugere, inclusive, a utilização do obsoleto método empírico (isto é, de tentativa e erro) para se promover determinadas alterações nas normas processuais.

Em outros casos, contudo, as alterações iniciais se revelaram bem-sucedidas, vindo gradualmente a se desenvolver e alargar-se, a exemplo das transformações ocorridas com o processo de execução e com o instituto da antecipação de tutela.

Ao final, relacionam-se os projetos de lei ainda em trâmite perante o Congresso Nacional, bem como se apontam algumas das mais recentes propostas de aperfeiçoamento da legislação processual, as quais, embora sequer transformadas em anteprojeto, se pautam pelos mesmos princípios que têm norteado todo o movimento de reforma.

2. Contexto teórico

O Código de Processo Civil de 1973, apesar de representar inequívoca opção por uma nova lei processual, foi ainda o retrato do pensamento jurídico-processual tradicional do CPC de 1939. Tratou-se, de fato, do mesmo modelo processual antecedente, embora mais lapidado, e com o mérito de adotar alguns novos institutos, como o julgamento antecipado do mérito, o chamamento ao processo, o recurso adesivo e o zelo pela lealdade processual, com a previsão da litigância de má-fé.[3]

Não obstante, o legislador de 1973, definitivamente, não estava inspirado pelas premissas metodológicas ligadas à efetividade do processo, que hoje orientam a doutrina processualista. Daí porque a remodelação do Código começou ainda na sua *vacatio legis*, quando inúmeras leis cuidaram de alterar o seu texto.

Todas as mudanças então havidas na legislação foram idealizadas sob a influência do movimento mundial de acesso à justiça, com base nas três conhecidas "ondas renovatórias"

[2] A análise compreende as leis publicadas até 05.03.2007, quando foi finalizado o presente trabalho.

[3] DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma da Reforma.* 3ª ed., rev. e atualiz. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 22-23.

do processo[4]: (i) a assistência judiciária aos necessitados, (2) a tutela dos interesses coletivos e difusos e, por fim, (3) a utilização de novos instrumentos, dentro da jurisdição (simplificação dos procedimentos judiciais em geral, enxugamento das vias recursais, desenvolvimento da tutela de urgência) ou fora do âmbito jurisdicional (criação de formas alternativas de justiça, como a mediação e a arbitragem).

Este arcabouço teórico deu ensejo a diversas novidades no sistema processual civil brasileiro: instituíram-se os Juizados Especiais de Pequenas Causas (Lei nº 7.244, de 07 de novembro de 1984), introduziu-se a Ação Civil Pública (Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985) e estabeleceram-se de diretrizes fundamentais para o processo coletivo, com o advento do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990).

Finalmente, a Constituição Federal de 1988 consolidou as garantias e os princípios processuais inerentes a uma tutela jurisdicional justa, tempestiva e eficiente [5], assentando definitivamente os fundamentos para a dinâmica reformadora do Código.

3. A primeira fase da Reforma Processual

Neste cenário, enfim, teve lugar o significativo movimento de reforma a que correntemente se referem os estudiosos. [6] Em 1992, sob o incentivo do Ministério da Justiça, foram apresentadas onze propostas de modificações ao CPC [7], visando facilitar o acesso à justiça e propiciar a adequada e tempestiva tutela dos direitos – tarefa, aliás, ainda hoje revestida de grande relevância, máxime diante da garantia constitucional à duração razoável do processo, instituída pela Emenda Constitucional nº 45/2004. [8]

---

[4] O novo enfoque do acesso à justiça, com as três ondas renovatórias do processo, foi originalmente proposto por Mauro Capeletti e Bryant Garth (In *Acesso à Justiça*. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988). Estes ideais nortearam as mudanças por que passou o processo civil mundial, a partir do final da década de 70.

[5] Dentre os princípios e garantias proclamados pela Carta de 1988, destacam-se a garantia do contraditório em toda modalidade processual, inclusive no processo civil; o princípio do *due processo of law*; a exigência de motivação das decisões judiciais; a garantia do juiz natural; a consagração de regras de tutela jurisdicional coletiva; e a criação do recurso especial.

[6] Cândido Rangel Dinamarco ressalta que os estudos para a reforma se iniciaram em 1985, quando uma comissão nomeada pelo Governo Federal e formada por Calmon de Passos, Kazuo Watanabe, Joaquim Correa de Carvalho Junior, Luís Antônio de Andrade e Sérgio Bermudes elaborou um anteprojeto, que acabou por não se fazer lei. Serviu, porém, de valiosa fonte inspiradora para os projetos feitos em 1992, quando se retomaram os estudos para a reforma, por iniciativa da Associação dos Magistrados Brasileiros, do Instituto Brasileiro de Direito Processual e da Escola Nacional da Magistratura. Integraram a comissão revisora, nomeada pelo Ministério da Justiça, o Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira (presidente), o Min. Athos Gusmão Carneiro e os Professores Ada Pellegrini Grinover, Celso Agrícola Barbi, José Carlos Barbosa Moreira, José Eduardo Carreira Alvim, Humberto Theodoro Junior, Kazuo Watanabe e Sérgio Sahione Fadel, além da então Des. Fátima Nancy Andrigui. (DINAMARDO, Cândido Rangel. Nasce um Novo Processo Civil. In TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Reforma do Código de Processo Civil.* São Paulo: Saraiva, 1996, p. 5-6).

[7] Dos onze projetos de lei apresentados, apenas um, que tratava da uniformização de jurisprudência relativa a demandas múltiplas, não foi aprovado, como noticia Sálvio de Figueiredo Teixeira (A nova etapa da Reforma Processual. In *Revista de Julgados*, v. 22, n. 63, abr/jun. 1996. Minas Gerais: Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, 1996, p.15-20).

[8] Art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação" (com redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004).

Coube à Lei 8.455, promulgada em 24 de agosto de 1992, referente à prova pericial, dar início à expressiva reforma da legislação processual. Procurou-se, de modo geral, simplificar o procedimento de produção desta espécie de prova. [9]

A Lei 8.710, de 24 de setembro de 1993, estabeleceu a prioridade da via postal na citação do réu, tendo em vista o menor custo, a segurança e a rapidez deste método, afastando-o apenas nas hipóteses enumeradas pelo art. 222 do CPC. [10] Já a Lei 8.898, de 29 de junho de 1994, alterou dispositivos relativos à liquidação de sentença, no sentido de determinar a citação na pessoa do advogado e eliminar a modalidade de liquidação de sentença por cálculo do contador, permitindo que o cálculo aritmético fosse feito na própria petição do processo executivo.

As Leis de nº 8.950 a 8.953 foram sancionadas e promulgadas, em conjunto, na data de 13 de dezembro de 1994.

A primeira, Lei nº 8.950/1994, além de integrar ao texto do Código de Processo Civil as normas referentes aos recursos extraordinário e especial, até então regidos pela Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990, ocasionou diversas modificações no sistema recursal. Dentre as mais importantes, (i) uniformizou-se o prazo recursal em quinze dias, com exceção apenas dos agravos e embargos de declaração (art. 508); (ii) aboliu-se a necessidade de intimação para o preparo, exigindo-se a comprovação de seu pagamento já no ato de interposição do recurso, sob pena de deserção (art. 511) [11]; (iii) foi inserido § único ao art. 518, prevendo a possibilidade de o juiz reexaminar os requisitos de admissibilidade do recurso depois de oferecida a resposta do apelado; (iv) elevou-se a sanção para o caso de reiteração de embargos declaratórios, que passou de 1% a 10% sobre o valor da causa, ficando ainda o recorrente condicionado a comprovar o pagamento da multa, se desejar interpor qualquer outro recurso (art. 538, § ún.). [12]

A Lei nº 8.951/1994 simplificou os procedimentos das ações de consignação em pagamento e usucapião. Nesta, consolidou-se a desnecessidade da audiência preliminar, já afirmada pela doutrina, dando-se nova redação ao art. 942 do CPC. Com relação à consignação em pagamento, autorizou-se o devedor a realizá-la pela via extrajudicial, através

---

[9] Dentre outras alterações, a reforma consolidou (i) a desnecessidade de o perito e os assistentes técnicos prestarem compromisso, como antes exigia o art. 422 do CPC; (ii) a qualificação dos assistentes técnicos como assessores das partes, não sujeitos à suspeição ou impedimento (segundo o texto original, eram passíveis de serem substituídos, tal como o perito, nos casos do art. 424 do CPC); (iii) a dispensa de intimação dos assistentes técnicos; (iv) a dispensa da perícia quando os laudos constarem da inicial e da contestação (art. 427, CPC); (v) e a possibilidade de o perito e os assistentes apenas narrarem na audiência o que periciaram (art. 421, § 2º, CPC).

[10] Art. 222 do CPC: "A citação será feita pelo correio, para qualquer comarca do País, exceto:

a) nas ações de estado;

b) quando for ré pessoa incapaz;

c) quando for ré pessoa de direito público;

d) nos processos de execução;

e) quando o réu residir em local não atendido pela entrega domiciliar de correspondência;

f) quando o autor a requerer de outra forma."

[11] A redação do art. 511 seria, posteriormente, modificada pela Lei 9.756/1998, que acrescentou ao referido dispositivo o parágrafo 2º: "A insuficiência no valor do preparo implicará deserção se o recorrente, intimado, não vier a supri-lo no prazo de cinco dias".

[12] SANTOS, Cezar. *Comentários às novas alterações ao CPC – Leis 8.950 a 8.953, de 13.12.1994.* Salvador: Nova Alvorada, 1995, p. 12.

do sistema bancário, com maior agilidade e sem qualquer ônus (art. 890, §§ 1º ao 4º). Quanto ao procedimento judicial, o § único acrescentado ao art. 896 passou a exigir que o réu indique o valor devido, na hipótese de alegar depósito a menor, enquanto o § 1º do art. 899 veio autorizar o credor a levantar desde logo a quantia ou coisa depositada sobre a qual não existe controvérsia. No § 2º, em seguida, permite-se a execução, nos próprios autos, da sentença que concluir pela insuficiência do depósito.

A Lei nº 8.952, também de 13.12.1994, consolidou numerosas mudanças, em diversos aspectos. No processo de conhecimento, ampliou os poderes do juiz[13], ao autorizá-lo a limitar o litisconsórcio facultativo quanto ao número de litigantes, quando este puder comprometer a rápida solução do litígio ou dificultar a defesa (art. 46, § ún.); e ao permitir-lhe reformar a decisão de indeferimento da inicial, caso o autor apele (art. 296). Estabeleceu, ainda, a possibilidade de o juiz tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes (art. 125, inciso IV).

Com este mesmo propósito (o de tentar o acordo entre as partes), e também para o fim de sanear o processo (o que significa fixar os pontos controvertidos, decidir as questões pendentes e determinar as provas a serem produzidas), previu a realização de uma audiência preliminar de conciliação, a ser realizada no lapso temporal de trinta dias, quando a lide versar sobre direitos indisponíveis e quando não for o caso de julgamento conforme o estado do processo (art. 331) [14]. A audiência de conciliação passou, assim, a ato processual necessário e autônomo, como já se via em outros ordenamentos jurídicos.

Ainda no campo do processo de conhecimento, a lei disciplinou de melhor forma o instituto da litigância de má-fé, possibilitando a aplicação das penas de ofício pelo juiz (art. 18, §§ 1º e 2º) [15]; estipulou honorários advocatícios também na execução (art. 20, § 4º); e dispensou o reconhecimento de firma na procuração outorgada ao advogado (art. 38, com nova redação); entre outras alterações esparsas.

Como uma das mais relevantes inovações desta primeira etapa da reforma processual, foi criado o instituto da antecipação de tutela, consistente na possibilidade de se antecipar ao autor, no todo ou em parte, o resultado que lhe seria outorgado apenas no julgamento final (art. 273).[16] Segundo as lições da melhor doutrina, o advento da tutela antecipada finalmente

---

[13] José Roberto dos Santos Bedaque assinala que é tendência unânime da moderna ciência processual a necessidade de o juiz assumir a efetiva posição de condutor do processo (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo. Influência do Direito Material sobre o Processo.* São Paulo: Malheiros, 2003, p. 53).

[14] Registre-se que a redação atual do *caput* do dispositivo foi dada pela Lei 10.444, de 7 de maio de 2002, que também acrescentou o § 3º: "Se o direito em litígio não admitir transação, ou se as circunstâncias da causa evidenciarem ser improvável sua obtenção, o juiz poderá, desde logo, sanear o processo e ordenar a produção da prova, nos termos do § 2º."

[15] A atual redação do art. 18 foi dada pela posterior Lei nº 9.668, de 23 de junho de 1998, que também incluiu o inciso VII (interposição de recurso manifestamente protelatório) como hipótese de litigância de má-fé.

[16] A redação dada pela Lei nº 8.952/1994 era a seguinte: "Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I – haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II – fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.

§ 1º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões de seu convencimento.

§ 2º Não se concederá a antecipação de tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

§ 3º A execução da tutela antecipada observará, no que couber, o disposto nos incisos II e III do art. 588.

adaptou o processo civil às exigências da vida moderna[17] e representou, na prática, o fim da oblíqua utilização das cautelares ditas "satisfativas" para alcançar o mesmo objetivo. [18]

No processo cautelar, o referido diploma previu a possibilidade de substituição da medida não apenas pela prestação de caução, como estabelecia o texto original do art. 805, como por outra garantia menos gravosa para o requerido, de ofício ou a requerimento das partes, "sempre que adequada e suficiente para evitar a lesão ou repará-la integralmente".

A lei deu ainda nova redação ao art. 461, instituindo, na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, a tutela específica (para a satisfação *in natura*) e a tutela assecuratória (para a satisfação pelo equivalente da obrigação inadimplida). [19] Admitiu a antecipação da tutela pleiteada, desde que previstos alguns pressupostos[20] e previu, no ensejo, a imposição de multa diária em caso de descumprimento, na liminar ou na sentença que acolha o pedido (esta medida, porém, já constava dos arts. 644 e 645, para a execução de obrigações de fazer ou não fazer com fundamento em título executivo extrajudicial). A partir de então, a execução por coerção e por sub-rogação foram colocadas no mesmo nível, no sistema brasileiro de execução civil.[21]

Por sua vez, a Lei 8.953/1994 acarretou mudanças exclusivamente no processo de execução. Em síntese, as novas regras contribuíram para ampliar o elenco dos títulos executivos extrajudiciais e tornaram mais célere e enxuto o procedimento de execução por quantia certa contra devedor solvente. [22] Impôs-se multa de 20% sobre o valor atualizado do débito do devedor que cometer ato atentatório à dignidade da justiça (art. 601); passou-se a

---

§ 4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 5º Concedida ou não a antecipação de tutela, prosseguirá o processo até final julgamento."

[17] WATANABE, Kazuo. Tutela antecipada e tutela específica das obrigações de fazer. In TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 32.

[18] MONIZ DE ARAGÃO, E.D. Reforma Processual: 10 anos. In *Revista Forense*, v. 362, ano 98, jul/ago 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 18.

[19] CARREIRA ALVIM, J. E. Tutela Específica e Tutela Assecuratória das Obrigações de Fazer e Não Fazer na Reforma Processual. In *Revista Forense*, v. 362, ano 98, jul/ago 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 274.

[20] A redação do art. 461, antes da reforma da Lei 10.444, de 7 de maio de 2002 (que modificou o § 5º e acrescentou o § 6º e o art. 461-A), era a seguinte: "Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 1º. A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

§ 2º. A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (art. 287).

§ 3º. Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 4º. O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§ 5º. Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial."

[21] DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma da Reforma.* 3ª ed., rev. e atualiz. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 223.

[22] SANTOS, Cezar. Ob. cit, p. 33.

exigir a inclusão do demonstrativo do débito atualizado até a data da propositura da execução, para que o devedor saiba desde logo o quantum do débito (art. 614, inciso II); previu-se a fixação de multa de ofício, como forma de execução indireta, para reforçar a eficácia dos títulos executivos judicial e extrajudicial que têm por objeto obrigação de fazer ou não fazer (arts. 644 e 645)[23]; e simplificou-se o rito da alienação de bens em hasta pública (art. 687 e 692).[24]

À luz dos princípios da celeridade e da eficiência, a Lei nº 9.079, de 14 de julho de 1995 trouxe ao sistema processual um novo procedimento especial, a ação monitória (arts. 1.102-A a 1.102-C, do CPC), enquanto a Lei nº 9.245, de 26 de dezembro de 1995 alterou as regras relativas ao procedimento sumário (art. 275 a 281 do CPC). [25]

Já a Lei nº 9.139, de 30 de novembro de 1995, determinou substanciais mudanças nas regras relativas ao agravo.

Em uma breve retrospectiva da sistemática do agravo no ordenamento processual brasileiro[26], o Código de Processo Civil de 1939 admitia três espécies deste recurso, quais sejam, (i) o agravo de petição contra decisões que implicassem a terminação do processo, mas não resolvessem o mérito; (ii) o agravo de instrumento contra algumas poucas e previamente indicadas decisões interlocutórias; e (iii) o agravo nos autos do processo, que ficava retido nos autos, para evitar a preclusão a respeito de determinadas decisões, sobretudo aquelas que cerceassem, de qualquer forma, a defesa do interessado. Isto quer dizer que grande parte das decisões interlocutórias eram imunes a ataques recursais.

Ora, como o CPC de 1939 foi de encontro à prática jurídica luso-brasileira, que, tradicionalmente, sempre admitira recurso contra as decisões que pudessem causar dano irreparável, os advogados se valiam, na prática, de sucedâneos recursais para tentar modificar

---

[23] A Lei 10.444, de 1 de maio de 2002 manteve tais modificações, mas alterou o *caput* do dispositivo, ao enunciar que "a sentença relativa à obrigação de fazer ou não fazer cumpre-se de acordo com o art. 461, observando-se, subsidiariamente, o disposto neste Capítulo".

[24] Vale registrar, desde já, que todas as mudanças no procedimento foram mantidas com o advento da Lei 11.382, de 6 de dezembro de 2006, que alterou apenas o § 5º do artigo, no sentido de estabelecer que a intimação para alienação judicial será feita na pessoa do advogado, salvo se não houver procurador constituído nos autos.

[25] A doutrina não inclui a Lei nº 9.756, de 17 de dezembro de 1998 em nenhuma das etapas da Reforma Processual. No entanto, esta lei consubstancia uma alteração processual que é condizente com os escopos do movimento de reforma, ao estabelecer a possibilidade de o relator negar provimento liminarmente ao recurso, prevendo multa ao agravante no caso de o recurso ser manifestamente incabível ou infundado. O art. 557 do CPC mantém, ainda, a redação que lhe foi dada pela mencionada lei, nos seguintes termos: "Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

§ 1º-A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.

§ 1º Da decisão caberá agravo, no prazo de cinco dias, ao órgão competente para o julgamento do recurso, e, se não houver retratação, o relator apresentará o processo em mesa, proferindo voto; provido o agravo, o recurso terá seguimento.

§ 2º Quando manifestamente inadmissível ou infundado o agravo, o tribunal condenará o agravante a pagar ao agravado multa entre um a dez por cento do valor corrigido da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito do respectivo valor."

[26] A evolução detalhada pode ser encontrada na obra de WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *O Novo Regime do Agravo*, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 1/70.

estas decisões, tais como o pedido de reconsideração, a correição parcial ou reclamação, a ação rescisória e o mandado de segurança.

O Código de Processo Civil de 1973, sob os aplausos da doutrina, aboliu o agravo de petição e tornou recorrível toda decisão interlocutória, generalizando o cabimento do agravo, que poderia ficar retido ou subir desde logo em instrumento. Não obstante, o agravo não era dotado de efeito suspensivo, senão nas hipóteses taxativamente previstas em lei, como no caso de levantamento de dinheiro sem caução, prisão de depositário infiel, etc. Não se constatou, à época, grande aumento no número de agravos, mas sim na quantidade de mandados de segurança, que passaram a ser impetrados de modo abusivo, como sucedâneo para atribuir efeito suspensivo ao recurso.

Por tais motivos, os aplausos ao sistema recursal brasileiro não resistiram ao tempo. Quando dos estudos para a reforma processual, grande parte da doutrina[27] já insistia em que fossem novamente restringidas as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento a apenas algumas decisões interlocutórias (à semelhança do que ocorria no sistema do CPC de 1939, em que a regra era a irrecorribilidade destas decisões). Não foi essa, porém, a opção do legislador.

A Lei nº 9.139/95 modificou o art. 522 no sentido de prever a possibilidade de a parte escolher entre o agravo retido (este independente de preparo) ou por instrumento contra qualquer decisão interlocutória, exceto em relação às decisões proferidas em audiência de instrução e julgamento e àquelas posteriores à sentença (salvo se concernentes à inadmissão da apelação) – estas passíveis de serem atacadas somente por agravo retido, a teor do § 4º incluído no art. 523. O prazo para interposição do agravo, por sua vez, passou a ser de 10 dias (não mais cinco), devido à necessidade, antes inexistente, de se instruir a petição com documentos como a cópia da decisão agravada, da certidão de intimação, das procurações conferidas aos patronos das partes e outras elencadas no art. 525 do CPC.

Em relação ao regime do agravo retido, o diploma acatou posicionamentos assentados na doutrina e jurisprudência, consignando a possibilidade de o agravo ser interposto oralmente, de haver o contraditório e o juízo de retratação. [28]

A mais importante mudança, contudo, diz respeito especificamente ao agravo de instrumento. Visando agilizar o seu procedimento, e com o fim de estancar o uso do mandado de segurança para agregação de efeito suspensivo ao recurso, estabeleceu-se a sua interposição diretamente no protocolo do tribunal competente para julgá-lo, outorgando-se ao relator o juízo da conveniência de atribuir-lhe efeito suspensivo ou efeito ativo. [29] Embora tenha diminuído o uso do mandado de segurança com vistas à concessão destes efeitos[30], a inovação perpetrada pela lei, aliada ao aumento das decisões agraváveis (em decorrência da reforma que admitiu a tutela antecipada em todos os processos e procedimentos do sistema

---

[27] Por todos, veja-se WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Ob. cit., p. 71.

[28] FORNACIARI JUNIOR, Clito. O novo agravo: um retrocesso. In *Revista do Advogado*, nº 48, julho/96. São Paulo: AASP, p. 15.

[29] Modificou-se, no ensejo, o texto do art. 558, parágrafo único, prevendo a possibilidade de atribuição de efeito suspensivo também às apelações que não ostentam tal efeito.

[30] José Carlos Barbosa Moreira examinou os efeitos da Lei nº 9.139/95 nos anos que se seguiram à sua vigência, constatando alguma diminuição no número dos *writs* (Reformas do CPC em Matéria de Recursos. In *Revista Forense*, v. 93, nº 354, mar/abr. de 2001. Rio de Janeiro: Forense, p. 177/187).

processual brasileiro), também gerou o efeito perverso de incrementar o número de agravos de instrumento.

Coube também à Lei nº 9.139/95 instituir no art. 526, uma nova exigência, como complemento à interposição do agravo, consistente no requerimento de juntada de cópia do recurso aos autos principais, acompanhada do rol de documentos que foram anexados, no prazo de três dias após a interposição. [31]

As reformas ao agravo de instrumento trazidas pela Lei nº 9.139/95 já àquela época eram alvo de intensas críticas por grande parte da doutrina. [32]

A despeito da polêmica acerca das mudanças na sistemática do agravo, pode-se dizer, em linhas gerais, que a primeira etapa da reforma processual rendeu valiosas alterações procedimentais e promoveu inovações inegavelmente revolucionárias em alguns pontos, a exemplo da instauração da audiência preliminar, da tutela antecipada, do novo modo de execução de sentenças relativas às obrigações de fazer e não fazer, da eliminação da liquidação por cálculo do contador e do advento da ação monitória. No ensejo, estimulou-se a necessária utilização da via extrajudicial (especificamente para a consignação em pagamento).

Contudo, como observou Cândido Rangel Dinamarco, as reformas não se pautaram por preocupações sistemáticas, vindo a concentrar, no Código, dispositivos "mal costurados entre si e sem a indispensável coordenação orgânica, funcional e conceitual", como dão conta, por exemplo, os artigos dedicados ao processo monitório e à tutela antecipada. [33]

4. O breve segundo ciclo de leis reformadoras

De dezembro de 1996 a dezembro de 2001, isto é, no interregno entre a primeira e a segunda reforma, foram editadas algumas leis de significativo interesse para o processo civil – por exemplo, a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, disciplinou a arbitragem; a Lei nº 9.800, de 26 de maio de 1999, dispôs sobre o uso de meio eletrônico (fax) para a prática de atos processuais; e a Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, regulamentou as ações diretas de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade. Tais leis, contudo, não integram propriamente a "segunda etapa da reforma processual", a qual, segundo se convencionou, engloba tão somente as leis originadas dos anteprojetos elaborados pelo mesmo grupo de juristas responsável pela primeira reforma.

A segunda etapa teve início, portanto, com o advento da Lei nº 10.352, de 26 de dezembro de 2001, que alterou dispositivos referentes aos recursos e ao reexame necessário. O diploma legal, em síntese, estabeleceu a inadmissão do agravo como conseqüência do não cumprimento do art. 526; deu ao relator o poder de negar seguimento ao agravo de instrumento nas hipóteses do art. 557 (art. 527, I) e de convertê-lo em agravo retido, nos casos do art. 523, par. 4º (art. 527, II); dispôs expressamente quanto à possibilidade (já consagrada

[31] Pontue-se que ainda não havia, então, a sanção pelo descumprimento da exigência, posteriormente estabelecida pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001.

[32] "Não tenho dúvida de que, em breve tempo, os tribunais estarão pleiteando a reforma da atual sistemática do agravo de instrumento, porque constatarão que ele, além de aumentar a carga de serviço dos órgãos que estão mais assoberbados em nosso país, não contribui para uma maior agilidade na distribuição da Justiça, de vez que a formaliza e distancia dos jurisdicionados e de seus advogados, dificultando a solução mais pronta de questões de menor interesse." (FORNACIARI JUNIOR, Clito. Ob. cit., p. 20)

[33] DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma da Reforma.* 3ª ed., rev. e atualiz. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 39.

na jurisprudência e na doutrina) de o relator conceder efeito ativo ao agravo de instrumento (art. 527, III); concedeu ao tribunal o poder de, "nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito, julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento" (art. 515, § 3º); retirou do reexame necessário as causas com valor até 60 salários mínimos e a sentença que anular o casamento, mantendo as demais hipótese de duplo grau de jurisdição previstas no art. 475 do CPC [34]; previu o recebimento da apelação que confirmar a antecipação dos efeitos da tutela apenas no efeito devolutivo (art. 520, VII); fixou a abertura de vista à outra parte nos embargos infringentes (art. 531); e enunciou a possibilidade de o agravante, ao recorrer aos Tribunais Superiores, declarar a autenticidade das cópias anexadas (art. 544).

Em seguida, promulgada em 27 de dezembro de 2001, a Lei nº 10.358 teve por alvo o processo de conhecimento. Foram promovidas diversas mudanças[35], entre elas o acréscimo, ao art. 14 do CPC, do dever das partes de "cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória" (inciso V). No parágrafo único do mesmo dispositivo, estabeleceu-se que a violação a este dever constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, sujeito à multa.

A par de diversas alterações procedimentais, como o aumento do teto para a utilização do rito sumário, a Lei nº 10.444, de 7 de maio de 2002, tratou, basicamente, das mesmas matérias de que cuidara a Lei nº 8.952/94 na primeira etapa da reforma, quais sejam, os institutos da audiência de conciliação, da antecipação de tutela e das medidas executivas coercitivas, com algumas peculiaridades.

De início, a Lei nº 10.444/2002 afastou a obrigatoriedade de realização da audiência preliminar de conciliação, antes imposta pela Lei nº 8.952/94. Nos termos do parágrafo 3º, acrescentado ao art. 331, facultou-se ao juiz sanear desde logo o processo e ordenar a produção da prova, desde que o direito em litígio não admita transação ou que as circunstâncias da causa evidenciem ser improvável a obtenção do acordo. Esta mudança

---

[34] A redação dada pela lei, que se mantém até hoje, é a seguinte: "Art. 475. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

I - proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público;

II - que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública (art. 585, VI).

III - que julgar improcedente a execução de dívida ativa da Fazenda Pública (Art. 585, VI).

§ 1º Nos casos previstos neste artigo, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, haja ou não apelação; não o fazendo, deverá o presidente do tribunal avocá-los.

§ 2º Não se aplica o disposto neste artigo sempre que a condenação, ou o direito controvertido, for de valor certo não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos, bem como no caso de procedência dos embargos do devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor.

§ 3º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente."

[35] Promoveram-se mudanças na distribuição por dependência (art. 253), alterou-se o prazo de apresentação do rol de testemunhas, que passou a dez, ao invés de cinco dias antes da audiência (art. 407); impôs-se a necessidade de as partes terem ciência "da data e local designados pelo juiz ou indicados pelo perito para ter início a produção da prova" (art. 431-A), bem como se possibilitou a nomeação de mais de um perito pelo juiz e a indicação de mais de um assistente técnico pela parte, quando se tratar de "perícia complexa, que abranja mais de uma área de conhecimento especializado" (art. 431-B). É interessante atentar para o fato de o art. 431-A retomou um dispositivo que a Lei n° 8.455/1992 abolira (antes desta lei, o art. 427 enunciava justamente que o juiz fixaria dia, hora e lugar para início da diligência pericial).

frustrou, em parte, a anterior reforma, que instituíra a audiência preliminar não apenas para o fim de tentar a autocomposição entre as partes, mas também como oportunidade para a fixação dos pontos controvertidos, solução das questões processuais pendentes e determinação das provas a serem produzidas. [36]

No que tange às medidas executivas coercitivas, a nova lei logrou estender à entrega de coisa, seja por força de sentença (introdução do art. 461-A, § 3º), seja em execução (art. 621, § ún., com nova redação), as técnicas que a Lei nº 8.952/94 previra em relação às obrigações de fazer ou não fazer (art. 461). Ou seja, a partir desta lei, todas as sentenças envolvendo tutelas específicas passaram a prescindir de processo de execução autônomo, sendo efetivadas mediante técnicas mandamental e executiva. Ao art. 461, acrescentou-se, ainda, o parágrafo 6º, permitindo ao juiz modificar o valor ou periodicidade da multa, se excessiva ou ineficiente.

Realizou-se, por fim, inequívoco aperfeiçoamento nas normas relativas ao instituto da antecipação de tutela. Sujeitou-se o instituto às mesmas regras que normatizam a execução provisória, além das disposições que regulam as obrigações de fazer impostas a tal título (art. 273, § 3º). Fixou-se uma nova hipótese para sua concessão: a inexistência de controvérsia sobre um dos pedidos ou sobre parte deles (art. 273, § 6º). [37] Outrossim, em relevante opção pela efetividade[38] e em um significativo passo em direção à necessária unificação da teoria das medidas urgentes [39], previu-se a fungibilidade da tutela antecipada, nos termos do art. 273, § 7º: "se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado".

Em síntese, a segunda etapa da reforma processual, como não poderia deixar de ser, orientou-se igualmente pela busca da efetividade do processo, que norteara a primeira fase. As mudanças implementadas revelaram, basicamente, dois objetivos: primeiro, o de realmente introduzir novidades no sistema processual civil brasileiro, muitas das quais já vinham sendo

---

[36] À época da promulgação da Lei n° 10.444/2002, houve quem criticasse a mudança na audiência preliminar e quem a aplaudisse. Para Cândido Rangel Dinamarco (*A Reforma da Reforma.* 3ª ed., rev. e atualiz. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 20), a limitação estabelecida pela lei não teria razão de ser no sistema processual e configuraria verdadeiro retrocesso: "o legislador tratou a audiência preliminar como se fora mera audiência de conciliação, esquecendo-se o utilíssimo conteúdo dado a ela por ele próprio, na primeira das *Reformas* – conteúdo que envolve a fixação dos pontos de fato a provar, a determinação dos meios de prova a produzir e sobretudo o diálogo entre juiz e partes, com o envolvimento daquele na causa, em preparação do julgamento final a proferir". Já Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier defenderam que a alteração seria medida salutar, por evitar "a realização de audiências preliminares inúteis, em casos em que a impossibilidade de realização de acordo está patente, seja pelas teses trazidas aos autos pelas partes, seja pela qualidade das partes" (In *Breves Comentários à 2ª Fase da Reforma do Código de Processo Civil,* 2ª ed., rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.89/90).

[37] "Em que pese tratar-se de novidade legislativa (§ 6º, art. 273, do CPC), a doutrina mais lúcida acompanhada de orientações pretorianas vanguardistas já admitiam a possibilidade de concessão dos efeitos da tutela antecipatória quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, figurassem no processo como *incontroversos*." (FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. *Comentários ao Código de Processo Civil,* vol. 17 – Suplemento de Atualização, coord. Ovídio Baptista da Silva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 19).

[38] GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. A Reforma do CPC – Lei 10.444/2002 – Considerações Iniciais. In *Revista de Processo*, nº 107, ano 27, jul./set. 2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 118.

[39] DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma da Reforma.* 3ª ed., rev. e atualiz. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 91.

concebidas; segundo, o de corrigir supostas imperfeições da primeira fase da reforma do CPC [40] – e é exatamente deste segundo objetivo que decorre a conhecida alcunha "Reforma da Reforma", dada a esta segunda etapa do movimento reformista.

Constituem alterações que aprimoraram a disciplina dos recursos (i) a redução da admissibilidade do agravo de instrumento em processo de qualquer natureza, (ii) a determinação de retenção do recurso interposto contra decisões proferidas em audiência ou depois de proferida a sentença (com algumas ressalvas), e (iii) a permissão de o tribunal julgar o mérito da causa, desde que o processo esteja em condições para isso.

Já as inovações relativas à tutela antecipada, bem como a possibilidade de se afastar a realização da audiência de preliminar, nas hipóteses previstas em lei, conferiram inegável agilidade ao sistema processual.

Outras mudanças demonstraram-se um pouco acanhadas: por exemplo, ao modificar a redação do art. 475, que trata das hipóteses de remessa *ex officio*, a Lei nº 10.352/2001 manteve a criticada devolução oficial em benefício das pessoas jurídicas de direito público. No entanto, em geral, aperfeiçoaram-se os instrumentos processuais para cumprimento da promessa de uma tutela jurisdicional efetiva e tempestiva.

5. A terceira e atual etapa da Reforma Processual

As origens da terceira etapa da reforma processual, ainda em curso, remontam ao final do ano de 2004, quando o Presidente da República, o Presidente do Supremo Tribunal Federal, o Presidente da Câmara dos Deputados e o Presidente do Senado Federal firmaram um Pacto por um Judiciário mais rápido e republicano, em que propuseram medidas de aprimoramento do sistema judicial nacional. Dentre estas medidas, foram apresentados vinte e três projetos, alguns já convertidos em lei, com a sugestão de mudanças significativas nos processos civil, penal e trabalhista.

A conversão destes projetos em lei foi precedida do advento da Emenda Constitucional n° 45, de 30 de dezembro de 2004, responsável pela chamada "Reforma do Poder Judiciário". No âmbito processual, as mais importantes modificações trazidas pela EC nº 45/2004 dizem respeito (i) à introdução de novo inciso no art. 5º da CF88, tornando cláusula pétrea garantia à duração razoável dos processos judiciais; (ii) à previsão de um novo art. 103-A, que introduziu a súmula vinculante do STF; e (iii) a instituição do parágrafo 3º no art. 102, impondo ao recorrente, em sede de recurso extraordinário, a demonstração da repercussão geral das questões discutidas no caso.

No ano seguinte à edição da EC nº 45/2004, foi promulgada a Lei nº 11.187, de 19 de outubro de 2005, considerada a primeira lei desta terceira etapa do movimento reformista.

O referido diploma significou verdadeiro retrocesso em relação à sistemática do agravo instituída pela Lei nº 9.139/95, da primeira fase da reforma processual, mas atendeu aos clamores da doutrina e dos tribunais, ao generalizar o agravo das decisões interlocutórias na forma retida, exceto se a decisão for suscetível de causar grave lesão à parte, nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que for recebida (art. 522 do CPC). Previu-se, inclusive, a possibilidade de o próprio relator converter o agravo de instrumento em

[40] WAMBIER, Luiz Rodrigues e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Breves Comentários à 2ª Fase da Reforma do Código de Processo Civil,* 2ª ed., rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 11.

agravo retido (art. 527, inciso II). Buscou-se, desta forma, racionalizar o uso desenfreado do agravo de instrumento.

De acordo com o novo parágrafo único do art. 527, a decisão de retenção do agravo e a decisão que concede ou não efeito suspensivo ou ativo ao recurso são irrecorríveis. [41] Apesar de não existirem, ainda, dados estatísticos que confirmem tais prognósticos, teme-se que a mudança implementada provoque a "ressurreição" dos mandados de segurança, cabíveis como sucedâneo de recurso toda vez que não houver meio de impugnação previsto nas leis processuais. [42]

A Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005, disciplinou a fase de "cumprimento da sentença" no processo de conhecimento. [43] Promoveu, assim, a unificação procedimental entre ação condenatória e ação de execução (de que decorre, por exemplo, a desnecessidade de pagamento de novas custas e de nova citação do executado).

A alteração estrutural do procedimento de execução de sentença, no que toca ao dever de pagar quantia em dinheiro (arts. 475-J), significou, na realidade, o encerramento de um ciclo iniciado há uma década, com a Lei nº 8.952/94. [44] Aquele diploma deu nova redação ao art. 461, prevendo, no campo das obrigações de fazer ou não fazer, a imposição de multa diária, na liminar ou na sentença que acolha o pedido, em caso de descumprimento. A Lei nº 10.444/02, por sua vez, instituiu as mesmas técnicas mandamentais e executivas em relação às obrigações de entrega de coisa; e, finalmente, a Lei nº 11.232/2005 enfrentou a autonomia do processo de execução também em relação à condenação em quantia em dinheiro. [45]

Foram inúmeras as mudanças provocadas pela nova lei de execução de títulos judiciais. Sendo impossível discorrer aqui sobre todas elas, vale citar algumas das mais significativas: (i) as alterações na liquidação de sentença, que deixou de ser uma "ação"

---

[41] Antes da Lei nº 11.187/2005, admitia-se agravo regimental contra a decisão que concede ou não efeito suspensivo ou ativo ao agravo de instrumento, embora a esse respeito nada dispusesse o CPC.

[42] Conforme art. 5º, inciso II, da Lei 1.533, de 31 de dezembro de 1951.

[43] Há Ação Direta de Inconstitucionalidade (nº 3740-4), proposta pelo Conselho Federal da OAB, questionando a constitucionalidade do art. 475-L, § 1º e do art. 741, § único, do CPC, nas redações conferidas pela Lei nº 11.232 ("considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal), tendo em vista o disposto no art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal ("a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada").

[44] WAMBIER, Luiz Rodrigues. Algumas considerações sobre o cumprimento da sentença que determina o pagamento de quantia em dinheiro, de acordo com a Lei 11.232/05. In *Revista Jurídica*, nº 343, ano 54. São Paulo: Fonte do Direito, maio 2006, p. 12.

[45] Leonardo Greco pondera que, embora inspirada na mesma idéia central que determinou a criação das chamadas tutelas específicas (relativas às prestações de fazer, não fazer e entrega de coisa – arts. 461 e 461-A), a execução por quantia certa de título judicial instituída pela Lei 11.232/05 difere destas tutelas em alguns aspectos: (i) os arts. 475-A e 475-J exigem que o exeqüente formule um requerimento, para instauração da liquidação e para o desencadeamento dos atos coativos sobre o patrimônio do devedor; (ii) na Lei nº 11.232, desaparece o processo de execução autônomo como nova relação jurídica processual, mas não desaparece o processo de execução, fundido numa única relação jurídica com o processo de conhecimento; e (iii) a disciplina das tutelas específicas não prevê expressamente o exercício da defesa pelo devedor, enquanto na execução de sentença fundada em título judicial, a lei regula a impugnação como defesa do executado (artigos 475-J, L e M) (GRECO, Leonardo. Primeiros comentários sobre a reforma da execução oriunda da Lei 11.232/05. In *Revista Dialética de Direito Processual* nº 36, março 2006. Rio de Janeiro: Dialética, 2006).

incidental, passando a um "procedimento" [46]; (ii) a instituição da impugnação como modalidade de defesa do devedor, em geral sem efeito suspensivo, salvo se o juiz considerar relevantes seus fundamentos e o prosseguimento da execução for manifestamente suscetível de causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação (arts. 475-J, § 1º, 475-L e M); e (iii) a fixação do dever do executado de indicar a quantia que entende correta, quando alegar que o valor é excessivo, de forma a permitir a imediata execução da parcela incontroversa (art. 475-L, § 2º).

A Lei nº 11.276, de 7 de fevereiro de 2006 trouxe como principal mudança a chamada "súmula impeditiva de recurso", ao acrescentar ao art. 518 do CPC o parágrafo primeiro: "O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal". Em outras palavras, alargou-se o juízo de admissibilidade outorgado ao juiz no primeiro grau de jurisdição.

Por outro lado, nos casos em que o tribunal, ao julgar recurso de apelação, identifique a ocorrência de alguma nulidade no curso do processo, a lei permitiu a realização ou renovação do ato processual em segunda instância, sem a necessidade de retornar os autos à origem (art. 515, § 4º).

Também promulgada em 7 de fevereiro de 2006, a Lei nº 11.277 disciplinou a "sentença liminar", incluindo no Código de Processo Civil o art. 285-A. [47] Se a matéria objeto da ação for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, autoriza o referido artigo que se profira sentença nos mesmos termos das anteriores, dispensando-se, inclusive, a citação. Trata-se de uma espécie de indeferimento da inicial, com julgamento de mérito, para casos repetitivos, apesar de o critério escolhido pelo legislador ser passível de críticas. [48]

A Lei nº 11.280, de 16 de fevereiro de 2006, tratou de matérias diversas, permitindo, entre outras coisas, (i) a declaração de ofício da nulidade de cláusula de eleição de foro em contrato de adesão, remetendo-se o processo ao domicílio do réu (art. 112, § ún.); (ii) a comunicação dos atos processuais por meio eletrônico, conforme dispuserem os tribunais

---

[46] Extinguiram-se as liquidações de prestações de fazer, não fazer ou entrega de coisa; estabeleceu-se que da liquidação requerida por uma parte será a outra intimada, não mais citada, sempre na pessoa do seu advogado, através de publicação no Diário da Justiça (art. 475-A, § 1°); previu-se a possibilidade de a liquidação ser requerida na pendência de recurso (art. 475-A, § 2°) e fixou-se a obrigatoriedade de a sentença ser líquida, nos processos sob procedimento comum sumário (art. 475-A, § 3°).

[47] Há Ação Direta de Inconstitucionalidade (nº 3695-5), proposta pelo Conselho Federal da OAB, questionando a constitucionalidade da lei, tendo em vista o disposto no art. 5º, incisos XXXV ("a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito"), LIV ("ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal") e LV ("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"), da Constituição Federal.

[48] Luiz Norton Baptista de Mattos, em sensata censura ao texto da lei, observa que a possibilidade de o juiz julgar matéria repetitiva de plano deveria ser adotada quando o pedido do autor estivesse em confronto com a jurisprudência pacificada dos tribunais, e não quando "no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos", porque este critério permite que, ainda que o pedido do autor tenha amparo na jurisprudência pacificada, o juiz possa julgá-lo improcedente com base em decisões anteriores oriundas do próprio juízo, contrárias ao entendimento majoritário. (In *Seminário "A Reforma do Processo Civil Brasileiro"*. Brasília: Ministério da Justiça, 2005. Disponível em http://www.mj.gov.br/reforma. Acesso em 10.12.2006).

estaduais (art 154, § ún.); (iii) a declaração de ofício da prescrição pelo juiz (art. 219, § 5º) [49]; (iv) o protocolo da exceção de incompetência no juízo do próprio domicílio do réu, que remeterá ao juízo em que corre a ação (art.305, § ún.); e (v) a concessão de provimento liminar ou antecipatório na rescisória (art. 489).

Já a Lei nº 11.341, de 7 de agosto de 2006, consolidou apenas uma alteração, no parágrafo único do art. 541 do CPC, para admitir como suscetíveis de prova de divergência jurisprudencial as decisões disponíveis em mídia eletrônica, inclusive na *Internet*.

Mais profundas, por sua vez, foram as mudanças implementadas pela Lei nº 11.382, de 6 de dezembro de 2006, que modificou a sistemática da execução por títulos extrajudiciais.

As principais mudanças referem-se à (i) outorga de poderes ao advogado para declarar, para fins processuais, a autenticidade de cópias reprográficas de peças do processo (como dispõe o inciso VI, incluído no art. 365)[50] ; (ii) simplificação da realização do fato por terceiro, às custas do devedor – de acordo com o art. 634, parágrafo único, basta que o juiz aprove a proposta[51]; (iii) adjudicação pelo próprio credor como meio expropriatório preferencial, por preço não inferior ao da avaliação – caso não queira adjudicar o bem, o credor poderá requerer a alienação por iniciativa particular ou por agentes credenciados; afinal, a alienação em hasta pública, antes a primeira opção, agora constitui a última, conforme o art. 647; (iv) citação para pagamento da dívida em três dias (art. 652, *caput*) – se não for efetuado o pagamento, o oficial procede à penhora e à avaliação na mesma oportunidade (art. 652, § 1º), podendo o credor indicar bens à penhora na própria inicial (§ 2º) [52]; fixou-se também a possibilidade de redução pela metade da verba honorária, no caso de pagamento integral da dívida pelo executado, dentro do prazo de três dias (art. 652-A, parágrafo único); (v) atualização das regras relativas à penhora, dando-se privilégio a dinheiro, em espécie ou em depósito (observado o limite imposto no referido art. 649, inciso X[53]) e a bens, móveis ou imóveis, em detrimento de créditos e direitos (art. 655)[54]; (vi) utilização dos meios eletrônicos – na penhora em dinheiro, por exemplo, estabeleceu-se a possibilidade de requisição de informações à autoridade supervisora do sistema bancário, a fim de descobrir a existência de ativos em nome do executado (art. 655-A); previu-se ainda a realização de alienação em hasta pública por meio da "rede mundial de computadores, com uso de páginas virtuais criadas pelos Tribunais ou por entidades públicas ou privadas em convênio com eles firmado" (art. 689-A); (vii) aumento dos poderes atribuídos ao oficial de justiça, especialmente para proceder à avaliação dos bens penhorados (art. 680); (viii) defesa do executado por meio de embargos, que agora poderão ser ajuizados independentemente da

[49] Tal inovação sofreu diversas críticas, a exemplo das formuladas por Alexandre Freitas Câmara, em seu artigo "Reconhecimento de Ofício da Prescrição: Uma Reforma Descabeçada e Inócua" (*In* Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil, v. 43, set/out. 2006. São Paulo: IOB, 2006).

[50] Lembre-se que a Lei nº 10.352/2002, da segunda etapa da reforma processual, já enunciara a possibilidade de o agravante, ao recorrer aos Tribunais Superiores, declarar a autenticidade das cópias anexadas (art. 544).

[51] Na lei anterior, era necessária a realização de concorrência pública, para a escolha da proposta mais vantajosa pelo juiz.

[52] Na lei anterior, o prazo era de vinte e quatro horas, para que o executado pagasse a dívida ou nomeasse bens à penhora.

[53] O referido dispositivo (art. 649, inciso X) fixa a impenhorabilidade da quantia depositada em caderneta de poupança até o valor de quarenta salários mínimos.

[54] No trâmite do projeto de lei, o Presidente vetou os dispositivos que permitiam a penhora de imóveis suntuosos e de parte dos salários acima de sete mil reais.

prévia segurança do juízo (art. 736), no prazo de 15 dias contados da juntada aos autos do mandado de citação (art. 738)[55], mas ficarão desprovidos de efeito suspensivo (art. 739-A[56]), que somente será concedido em casos excepcionais e com o juízo já garantido por penhora ou caução suficientes (art. 739-A, § 1º); foi prevista, no ensejo, multa ao executado, em favor do exeqüente, de até 20% do valor em execução, no caso de embargos manifestamente protelatórios (art. 740, parágrafo único); e, finalmente, (ix) a possibilidade de o executado requerer o parcelamento em até seis vezes, desde que faça um depósito inicial de 30% (art. 745-A).

Em 19 de dezembro de 2006, foram promulgadas três novas leis. A Lei nº 11.417 não cuidou exatamente de reformar o texto do CPC, mas de regulamentar o art. 103-A da Constituição Federal, acrescentado pela EC nº 45/2004. Disciplinou, assim, a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, além de estabelecer o procedimento para a reclamação dirigida àquele Tribunal, cabível contra todo ato administrativo ou judicial que desrespeite algum destes enunciados.[57]

A Lei nº 11.418/2006 acrescentou os artigos 543-A e 543-B ao CPC, regulamentando o instituto da repercussão geral, incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro pelo art. 102, §3.º, da Constituição Federal (com redação dada pela EC nº 45/2004). Corresponde, inequivocamente, a um novo requisito de admissibilidade do recurso[58], segundo o qual se impõe ao recorrente, quando da interposição de recurso extraordinário perante o STF, que demonstre a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso. O Tribunal, ao decidir, avaliará "a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa" (art. 543-A). Já o art. 543-B alude ao procedimento para análise da repercussão geral na hipótese de multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia.

A Lei nº 11.419/2006 dispõe sobre a utilização dos meios eletrônicos nos processos civil, penal e trabalhista. Regulamenta, por exemplo, o uso de assinatura eletrônica, a digitalização de peças e documentos, a comunicação de atos processuais por meio eletrônico [59] e a utilização do Diário da Justiça *on-line*, a ser disponibilizado em sítio da rede mundial de computadores. [60]

---

55 Na lei anterior, o prazo era de 10 dias.

56 O artigo 739-A revogou o parágrafo primeiro do art. 739, que determinava que os embargos fossem sempre recebidos com efeito suspensivo.

57 Encontram-se numerosos argumentos favoráveis, bem como desfavoráveis, à instituição da súmula vinculante. De todo modo, para os fins específicos deste trabalho, convém apenas consignar que o legislador preferiu, "em nome da certeza e da segurança, a jurisprudência errada, mas uniforme, à jurisprudência incerta, belicosa e imprevisível" (ALCOFORADO, Luis Carlos. Súmula Vinculante. In *Revista dos Tribunais*, vol. 783, ano 90, jan./2001. São Paulo: RT, 2001).

58 Tal instrumento não é completamente inédito na cultura jurídica brasileira: no sistema constitucional passado, previa-se a "argüição de relevância" junto aos recursos extraordinários, instrumento que permitia ao STF afastar do julgamento da corte os recursos cujo objeto fosse tido por irrelevante. Não havia, contudo, a necessidade de fundamentação, como hoje existe em relação à repercussão geral. A argüição de relevância não foi contemplada pela Constituição Federal de 1988, mas parece haver sido revisitada, com novos contornos, sob a denominação de "repercussão geral".

59 Tais mecanismos não dispensam o uso subsidiário dos meios tradicionais, de acordo com o art. 9º, § 2º , da Lei 11.419/2006: "Quando, por motivo técnico, for inviável o uso do meio eletrônico para a realização de citação, intimação ou notificação, esses atos processuais poderão ser praticados segundo as regras ordinárias, digitalizando-se o documento físico, que deverá ser posteriormente destruído"). Aliás, nos termos do art. 5º,

A despeito de a Lei nº 11.419/2006 contribuir decisivamente para a informatização do processo judicial, a adaptação do processo civil brasileiro à utilização dos meios eletrônicos vem sendo promovida gradualmente, desde o advento da Lei nº 9.800/1999, que dispôs sobre o uso de fax para a prática de atos processuais. O CPC também já previa a comunicação dos atos processuais por meio eletrônico (conforme dispuserem os tribunais estaduais), no art 154, parágrafo único, por conta de alteração implementada pela Lei nº 11.280/2006, bem como reconhecia o valor probante das decisões disponíveis em mídia eletrônica, inclusive na *Internet*, de acordo com o art. 541, parágrafo único (com redação dada pela Lei nº 11.341/2006).

Na prática, a maior parte dos tribunais brasileiros disponibilizam na *Internet* informações sobre seu funcionamento e oferecem às partes e aos advogados sistemas de acompanhamento de processos, com a possibilidade de se receber as novidades forenses por *email*, de forma automática e imediata, mediante cadastro prévio. A própria jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça igualmente reconhece, já há algum tempo, a a validade e a importância dos meios eletrônicos, especialmente para a veiculação de informações processuais. [61]

De todo modo, a Lei nº 11.419/2006 teve a particularidade de oferecer a estrutura normativa que faltava para a informatização do processo judicial. Representa, assim, sem dúvida, grande conquista em prol da efetividade da prestação jurisdicional.

A recentíssima Lei 11.441, de 4 de janeiro de 2007, por sua vez, trouxe a inovadora possibilidade de se realizar inventário, partilha, separação e divórcio consensuais por meio da via extrajudicial.[62] A adoção deste procedimento é válida, no entanto, apenas para os casos

---

caput, da mesma lei, a utilização dos novos meios não é sequer regra cogente, servindo apenas aos que por ela optarem.

[60] No que tange ao Código de Processo Civil, foram modificados, entre outros, os artigos 38 e 164, para o fim de admitir o uso da assinatura digital na procuração outorgada ao advogado e nas decisões e atos dos juízes; o artigo 154 foi acrescido do parágrafo 2º, que permite a produção, a transmissão, armazenamento, e assinatura de todos os atos e termos do processo por meio eletrônico; e alteraram-se os artigos 202, 221 e 237, prevendo-se a utilização dos meios eletrônicos, respectivamente, (i) na expedição de carta de ordem, precatória ou rogatória, (ii) na citação, e (iii) na intimação. No art. 365, inciso IV, consignou-se que as reproduções digitalizadas de qualquer documento fazem a mesma prova que os originais, o que não dispensa as partes, porém, de preservar consigo os originais dos documentos digitalizados, até o final do prazo para interposição de ação rescisória (art. 365, § 1º).

[61] "Internet. Erro. Justa causa. A recorrente, citada para a execução, aguardava a juntada do mandado aos autos, valendo-se das informações processuais prestadas via *Internet* pela Justiça. Ocorre que o mandado foi juntado e a secretaria não lançou tal informação no sistema, levando a recorrente a perder o prazo para embargos. *A Turma entendeu que as informações prestadas pela rede de computadores operada pelo Poder Judiciário são oficiais e merecem confiança.* O eventual erro nela contido é evento imprevisto, alheio à vontade da parte, a justificar a justa causa, permitindo ao juiz a restituição do prazo para a prática do ato (§§ 1º e 2º do art. 183 do CPC). Precedente citado: Resp 49.456-DF, DJ 2/10/1995." (Recurso Especial nº 390.561-PR, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, julgado em 18/6/2002 – grifos nossos).

[62] A Lei nº 11.441/2007, ao converter estes processos em "procedimentos extrajudiciais", claramente se baseia na idéia predominante na doutrina de que a natureza da jurisdição voluntária seria a de função administrativa, isto é, não constituiria atividade propriamente jurisdicional, senão administração pública de interesses privados. "Por isso, poderia a atividade do juiz, nesses casos, ser exercida por órgãos administrativos, o que, aliás, ocorre em outros casos (realização de casamento, transmissão de domínio sobre bens imóveis, constituição de sociedades). Quisesse o legislador infracontitucional transferir a homologação de uma separação consensual para qualquer ente público (Ministério Público, p. ex.), tal regra não violaria o princípio da inafastabilidade da jurisdição (CF, art. 5º, XXXV), pois não se trata de atividade tipicamente jurisdicional". (BEDAQUE, José

que não envolvam interesses de menores e incapazes, hipóteses em que é inafastável a tutela do Estado.

Até a data em que se finalizou este trabalho, eram estas as leis integrantes da terceira etapa da reforma processual. De maneira geral, as alterações recentes promovidas no sistema processual civil foram ainda mais numerosas e intensas do que aquelas levadas a cabo nas fases anteriores do movimento reformador.

A previsão da duração do razoável do processo como garantia constitucional significou, inicialmente, a consolidação de uma relevante mudança de perspectiva, baseada na preocupação com o desenvolvimento ágil e produtivo do processo judicial.

Por conseguinte, todas as outras reformas podem ser compreendidas à luz desta nova orientação. Para evitar a multiplicidade de recursos que obstruem as vias recursais, generalizou-se o agravo na forma retida e restringiu-se a admissibilidade dos recursos extraordinários, por meio da exigência de demonstração da "repercussão geral" da questão federal discutida. Para combater a indesejável quantidade de ações (muitas vezes repetitivas) em que se afogam as instâncias ordinárias, permitiu-se aos juízes que profiram sentença liminar de improcedência dos pedidos. Por fim, estabeleceram-se os efeitos vinculantes das súmulas editadas pelo STF (os quais, aliás, ultrapassam o mero efeito de impedir o recurso, originalmente previsto na Lei nº 11.276/2006[63]). Luiz Fux assinala que tais novidades revelam a influência anglo-saxônica (*common law*) no sistema romano-germânico (*civil law*), no que diz respeito à força do precedente judicial.[64]

As modificações na execução por título judicial e extrajudicial, por sua vez, desembaraçaram os respectivos procedimentos e concluíram a longa reforma do sistema executivo brasileiro, que já se esboçava desde a primeira fase da dinâmica transformadora.

Existem ainda muitos outros projetos em trâmite legislativo, os quais, uma vez aprovados, virão a integrar esta terceira etapa da reforma processual. As principais alterações sugeridas nestes projetos estão condensadas no item a seguir.

6. Propostas de reforma ainda não convertidas em lei

Como é sabido, os projetos de lei podem sofrer diversas emendas em seu trâmite perante o Congresso Nacional. Muitas vezes são apresentados substitutivos à proposta inicial

---

Roberto dos Santos. *Direito e Processo. Influência do Direito Material sobre o Processo.* São Paulo: Malheiros, 2003, p. 78). Luís Guilherme Marinoni, contudo, defende a natureza jurisdicional destes procedimentos especiais de jurisdição voluntária, ao argumento de que, embora não se destinem a viabilizar a solução de conflitos de interesses, tratam de situações cuja relevante repercussão social levava o CPC a submetê-las à jurisdição. Para o autor, tais situações, dada a sua relevância social, não poderiam "ficar entregues apenas aos particulares, ou ainda ser apenas recepcionadas por uma autoridade administrativa ou por um sujeito privado". (MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 140/141).

[63] Mesmo antes de serem vinculativos por força de lei, os efeitos das súmulas do STF já eram estabelecidos e reconhecidos pelo CPC. Coube à Lei nº 9.758/1998 (excluída da 2ª etapa da reforma processual, apenas por não ter sido elaborada pelo mesmo grupo de juristas responsável pelos projetos de lei da primeira fase) prever a inédita possibilidade de o relator negar seguimento a recurso, quando em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior (art. 557, *caput*), bem como de dar provimento ao recurso, se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior (art. 557, § 1º - A).

[64] FUX, Luiz. *A reforma do processo civil: comentários e análise crítica da reforma infraconstitucional do Poder Judiciário e da reforma do CPC.* Niterói, RJ: Impetus, 2006, p. 22.

que costumam alterar por completo o texto de origem. Por este motivo, e dada a inviabilidade de se discorrer, em tão curto espaço, sobre todas as mudanças por que já passaram determinados projetos, optamos por resumir as propostas centrais daqueles que nos parecem mais interessantes. [65]

Com o Projeto de Lei da Câmara nº 1343/2003 (de autoria do Dep. Aloysio Nunes Ferreira), pretende-se estabelecer novos requisitos para o conhecimento do recurso especial por ofensa à lei federal, quais sejam, a necessidade de repercussão geral (aferida pela importância social ou econômica da causa, tal como se exige em relação ao recurso extraordinário[66]) ou a gravidade do dano individual. Prevê-se também a avocatória nos casos de multiplicidade de recurso com fundamento em idêntica controvérsia. [67]

O Projeto de Lei da Câmara nº 30/2005 (PL 3605/2004) sugere uma mudança na regra dos efeitos da apelação (art. 520 do CPC[68]), no sentido de atribuir-se a estes recursos apenas o efeito devolutivo, salvo nos casos de dano irreparável. Registre-se que esta alteração já constava do projeto que deu origem à Lei nº 10.444/2002, como também a prevê o Projeto de Lei do Senado 136/2004, elaborado pela Associação dos Magistrados Brasileiros e apresentado ao Senador Pedro Simon. Este último ainda invoca a ampliação da multa para agravo interno manifestamente inadmissível ou improcedente e o depósito do valor da condenação, até o limite de sessenta salários mínimos, para recorrer, sob pena de deserção.

São muitos os projetos que têm por objeto a redução dos privilégios processuais que favorecem a Fazenda Pública. Tais prerrogativas, de fato, não se justificam e afiguram-se, certamente, uma das causas do assoberbamento dos tribunais brasileiros. O Projeto de Lei da Câmara nº 61/2003 (de autoria do Dep. José Roberto Batochio) propõe a revogação do art. 188 do CPC, que assegura o cômputo em quádruplo do prazo para contestar e em dobro do prazo para recorrer, quando a parte for o Ministério Público ou a Fazenda Pública. Houve sugestões, ainda, de se abolir o reexame necessário nos casos em que a Fazenda fosse condenada em até 500 salários mínimos e de se permitir a penhora de bens dominicais.

O Projeto de Lei da Câmara nº 13/2006 (PL 4108/2004), de autoria do Deputado Maurício Rands, por sua vez, sugere a modificação no texto do § 4º do art. 20 do CPC, para

---

[65] Utilizaram-se, para esta pesquisa, as informações constantes dos sítios da Câmara dos Deputados (www.camara.gov.br), do Senado Federal (www.senado.gov.br) e do Instituto Brasileiro de Direito Processual (www.direitoprocessual.org.br), todos com último acesso em 05.03.2007.

[66] Ocorre que, no caso do recurso extraordinário, a instituição do novo requisito de admissibilidade foi precedida de alteração no texto da própria Constituição Federal, por meio da EC nº 45/2004, que nada dispôs acerca do recurso especial.

[67] De acordo com os andamentos constantes do sítio da Câmara dos Deputados (www.camara.gov.br, acessado em 02.03.2007), houve voto pela inconstitucionalidade da proposta. O projeto encontra-se arquivado desde o dia 31.01.2007.

[68] O texto atual do art. 520 do CPC é o seguinte: "A apelação será recebida em seu efeito devolutivo e suspensivo. Será, no entanto, recebida só no efeito devolutivo, quando interposta de sentença que:

I - homologar a divisão ou a demarcação;

II - condenar à prestação de alimentos;

III – (revogado pela Lei nº 11.232/2005)

IV - decidir o processo cautelar;

V - rejeitar liminarmente embargos à execução ou julgá-los improcedentes;

VI - julgar procedente o pedido de instituição de arbitragem.

VII – confirmar a antecipação dos efeitos da tutela."

que a Fazenda, no tocante aos honorários da sucumbência, passe a receber o mesmo tratamento dispensado às demais pessoas físicas e jurídicas. Houve sugestões do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP no sentido de (i) incluir os advogados como passíveis de multa por atitudes protelatórias; (ii) estabelecer a cumulatividade de honorários para cada recurso apreciado (sucumbência recursal); (iii) regular a suspensão facultativa do processo quando a lide versar sobre matéria pendente de julgamento perante Tribunal Superior; e (iv) prever a possibilidade de o juiz elevar o valor dos honorários a 50% do valor da causa ou condenação, em caso de multiplicação de ações com os mesmos fundamentos, em face do mesmo réu. [69]

Por fim, o Projeto de Lei da Câmara nº 06/2005 visa à revogação do art. 475, que estabelece o duplo grau de jurisdição obrigatório às causas em que for vencida a Fazenda Pública.

No que tange aos Juizados Especiais Estaduais, o Projeto de Lei nº 6954/02, apensado ao PL nº 6910/2002, busca tornar absoluta ou obrigatória a sua competência, além de aumentar o valor de alçada, em consonância com a recente Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001 (Lei dos Juizados Especiais Federais). Segundo o voto do relator, Dep. Sérgio Miranda, ambas as mudanças seriam inadmissíveis, porquanto o sistema dos juizados seria opcional e o aumento do valor de alçada estrangularia a justiça especial.

O Projeto de Lei nº 4723/2004, de autoria do Poder Executivo, pretende instituir o pedido de uniformização de jurisprudência nos Juizados Especiais Estaduais, nos casos de divergência entre decisões proferidas por Turmas Recursais, sobre questões de direito material. A proposta repete o procedimento já implementado nos Juizados Especiais Federais pela Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001. Por sua vez, o PL nº 3804/1993, que se encontra arquivado, discorre sobre o incidente de uniformização de jurisprudência nos Tribunais Estaduais e Regionais. [70]

Já o Projeto de Lei do Senado nº 139/2004 (elaborado pela AMB e apresentado ao Sen. Pedro Simon) dispõe sobre a edição de súmulas pelos Tribunais. A proposta, contudo, não é aprovada pelo Governo nem pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP.

Por meio do Projeto de Lei nº 4729/2004, de autoria da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, propõe-se que os agravos de instrumento sejam reincluídos em pauta para julgamento, quando o pedido de vista se prorrogar por mais tempo do que o indicado; além disso, reivindica a possibilidade de sustentação oral em recurso contra decisão que haja reformado o acórdão recorrido (art. 545, CPC) e em agravo contra decisão que tenha decidido o mérito da causa (art. 557, CPC).

Louvável alteração se encontra no Projeto de Lei do Senado nº 186/2005 (de autoria do IBDP e apresentado ao Sen. Antero Paes de Barros), que sugere modificações no CPC para o fim de permitir a estabilização da tutela antecipada. Uma vez preclusa a decisão que concedeu a antecipação de tutela (em procedimento antecedente ou no curso do processo), a parte interessada deve propor demanda visando a sentença de mérito ou requerer o prosseguimento do processo, no prazo de trinta dias, sob pena de a medida adquirir força de

[69] Em 02.03.2007, foi solicitado o desarquivamento deste projeto.

[70] Trata-se justamente do único projeto de lei apresentado na primeira etapa da reforma processual que não foi aprovado (ver nota 6).

coisa julgada. A proposta visa, em síntese, tornar definitivo e suficiente o comando estabelecido por ocasião da decisão antecipatória. [71]

Enquanto alguns projetos são audaciosos, outros contêm alterações mais tímidas, a exemplo do Projeto de Lei do Senado nº 138/2004, elaborado pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB e apresentado ao Senador Pedro Simon, que propõe a extinção dos embargos de declaração, com a sua substituição por pedido de correção, que eliminaria as reiterações e as multas.

Por outro lado, afiguram-se ousados os Projetos de Lei do Senado nº 132/2004 e nº 133/2004 (ambos elaborados pela AMB): o primeiro prevê a possibilidade de prisão civil por desacato, nos casos do art. 14 do CPC; e o segundo, a cobrança de juros em dobro, no caso de recurso improvido. Nenhum dos dois obteve a aprovação do governo.

Também é polêmica a proposta do Projeto de Lei do Senado nº 94/2002 (PL 4728/1998), que institui a mediação prévia e a mediação incidental, esta última obrigatória no curso do processo de conhecimento.

Finalmente, o Projeto de Lei do Senado nº 135/2004 (também de autoria da AMB) pretende cominar, ao advogado que não comparecer à audiência preliminar, a sanção de perda da prova requerida.

Podem-se reunir muitas outras propostas inovadoras, que ainda não foram sequer transformadas em projeto de lei. Neste particular, a Associação dos Juízes Federais do Brasil – AJUFE, através de uma comissão formada por juízes federais, catalogou algumas interessantes sugestões de reforma: (i) desnecessidade de autos próprios para cautelar, exceções e impugnação do valor da causa; (ii) regulamentação da participação do MP, desobrigando-o em relação aos processos repetitivos; (iii) possibilidade de citação de ofício de litisconsorte necessário; (iv) utilização da cópia do despacho como mandado; (v) permissão da autenticação de documentos pelo próprio advogado, como ocorre com o agravo de instrumento (conforme a Lei nº 10.352/2001), (vi) contagem individual de resposta dos réus em litisconsórcio, (vii) obrigatoriedade da inicial e da contestação apresentarem as provas que pretendem produzir, especificando-as, com a indicação do rol de testemunhas. [72]

Na doutrina, encontram-se propostas como a fungibilidade das intervenções de terceiros, o fim da citação por edital, a possibilidade de antecipação da tutela de ofício e o estímulo à não interposição de recurso, mediante a fixação de dois valores distintos de sucumbência: um menor, se não houver recurso, e outro maior, caso a parte recorra e seu recurso seja improvido. É importante, além disso, que algumas tendências jurisprudenciais integrem definitivamente o Código de Processo Civil, tal como a possibilidade de concessão da gratuidade de justiça às pessoas jurídicas, desde que demonstrada a sua incapacidade de arcar com as despesas processuais. [73]

Enfim, a despeito de todas as alterações já promovidas, restam ainda muitos aspectos em que a legislação processual civil brasileira merece retoques. Espera-se que o movimento reformista seja capaz de atender, no mais breve espaço de tempo, às exigências impostas pela

[71] O projeto encontra-se arquivado desde 22.01.2007.

[72] Texto disponível em www.ajufe.org.br. Acesso em 17.01.07.

[73] PINTO, Rodrigo Strobel. A 3ª Etapa da Reforma Processual Civil e a Nova Sistemática Recursal. In *Revista de Processo*, nº 137, ano 31, jul./2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 96/109.

ciência processual moderna, tornando o processo um instrumento verdadeiramente eficaz para a concretização de seu principal escopo: a realização do direito material.

BIBLIOGRAFIA

ALCOFORADO, Luis Carlos. *Súmula Vinculante.* In Revista dos Tribunais, vol. 783, ano 90, jan./2001. São Paulo: RT, 2001.

ANAIS ELETRÔNICOS do Seminário *A Reforma do Processo Civil Brasileiro*. Brasília: Ministério da Justiça, 2005. Disponível no sítio do Ministério da Justiça: www.mj.gov.br/reforma/pdf/publicacoes/seminário%20processo%20civil.pdf. Acesso em 23.12.2006.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. O cumprimento da sentença e a 3ª etapa da Reforma Processual – primeiras impressões. In *Revista de Processo*, n° 123, ano 30. São Paulo: Revista dos Tribunais, maio 2005.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Reformas do CPC em Matéria de Recursos. In *Revista Forense*, v. 93, nº 354, mar/abr. de 2001. Rio de Janeiro: Forense, p. 177/187.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo. Influência do Direito Material sobre o Processo.* São Paulo: Malheiros, 2003.

CAPELETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. (Trad. Ellen Gracie Northfleet). Porto Alegre: Fabris, 1988.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Reconhecimento de Ofício da Prescrição: Uma Reforma Descabeçada e Inócua. In *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*, v. 43, set/out. 2006. São Paulo: IOB, 2006.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Análise Sumária do "Cumprimento de Sentença" nos termos da Lei nº 11.232/05. In *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, nº 11, mar/abr. 2006. Porto Alegre: Magister, 2006.

CARREIRA ALVIM, J. E. Tutela Específica e Tutela Assecuratória das Obrigações de Fazer e Não Fazer na Reforma Processual. In *Revista Forense*, v. 362, ano 98, jul/ago 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Nasce um Novo Processo Civil. In *Reforma do Código de Processo Civil* (coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira). São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. *A Reforma da Reforma.* 3ª ed., rev. e atualiz. São Paulo: Malheiros, 2002.

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. *Comentários ao Código de Processo Civil,* vol. 17 – Suplemento de Atualização (Coord. Ovídio Baptista da Silva). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

FORNACIARI JUNIOR, Clito. O novo agravo: um retrocesso. In *Revista do Advogado*, nº 48, julho/96. São Paulo: AASP, 1996.

FUX, Luiz. *A reforma do processo civil: comentários e análise crítica da reforma infraconstitucional do Poder Judiciário e da reforma do CPC.* Niterói, RJ: Impetus, 2006.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Brevíssimas considerações sobre a nova sistemática do recurso de agravo introduzida pela Lei nº 11.187/2005: uma visão pessimista. In *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, nº 949, 07.02.2006. Disponível em http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7927. Acesso em 12.01.2007.

GRECO, Leonardo. Primeiros comentários sobre a reforma da execução oriunda da Lei 11.232/05**.** In *Revista Dialética de Direito Processual*, vol. 36. São Paulo: Oliveira Rocha, 2006.

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. A Reforma do CPC – Lei 10.444/2002 – Considerações Iniciais. In *Revista de Processo*, nº 107, ano 27, jul./set. 2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MONIZ DE ARAGÃO, E.D. Reforma Processual: 10 anos. In *Revista Forense*, v. 362, ano 98, jul/ago 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A Nova Sistemática do Cumprimento de Sentença: reflexões sobre as principais inovações da Lei nº 11.232/05. In *Revista Dialética de Direito Processual*, vol. 37. São Paulo: Oliveira Rocha, 2006, p. 46/62.

_____. A Nova Sistemática do Cumprimento de Sentença: outras reflexões sobre a Lei nº 11.232/05. In *Revista Dialética de Direito Processual*, vol. 39. São Paulo: Oliveira Rocha, 2006, p. 56/71.

PINTO, Rodrigo Strobel. A 3ª Etapa da Reforma Processual Civil e a Nova Sistemática Recursal. In *Revista de Processo*, nº 137, ano 31, jul./2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 96/109.

SANTOS, Cezar. *Comentários às novas alterações ao CPC – Leis 8.950 a 8.953, de 13.12.1994.* Salvador: Nova Alvorada, 1995.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A efetividade do processo e a reforma processual. In *AJURIS*, nº 59, ano XX, nov./1993. Porto Alegre: Diretoria da Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 1993.

_____. A nova etapa da Reforma Processual. In *Revista de Julgados*, v. 22, n. 63, abr/jun. 1996. Minas Gerais: Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, 1996.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Lineamentos da Nova Reforma do CPC: Lei 10.352, de 26.12.2001, Lei 10.358, de 27.12.2001, Lei 10.444, de 07.05.2002.* 2ª ed., rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

WAMBIER, Luiz Rodrigues e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Breves Comentários à 2ª Fase da Reforma do Código de Processo Civil,* 2ª ed., rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. Algumas considerações sobre o cumprimento da sentença que determina o pagamento de quantia em dinheiro, de acordo com a Lei 11.232/05. In *Revista Jurídica*, nº 343, ano 54, maio 2006. São Paulo: Fonte do Direito, 2006.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Reforma do Judiciário: Primeiros Ensaios Críticos sobre a EC nº 45/2004.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *O Novo Regime do Agravo*, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

WATANABE, Kazuo. Tutela antecipada e tutela específica das obrigações de fazer. In *Reforma do Código de Processo Civil* (coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira). São Paulo: Saraiva, 1996.

IX. O RECURSO DE AGRAVO E A LEI Nº 11.187/05

Flávia Pereira Hill[1]

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Princípios norteadores da recente reforma do CPC. 3. Agravo retido como regra geral. 3.1. Hipóteses de cabimento do agravo de instrumento. 3.2 Ausência de Interesse-adequação na interposição do agravo de instrumento. 4. Obrigatoriedade da interposição imediata de agravo retido oral contra as decisões proferidas em audiência de instrução e julgamento. 4.1. Cabimento do agravo de instrumento. 4.2. Possibilidade de interposição de apenas um recurso contra decisões proferidas em audiência. 5. Conversão do agravo de instrumento em retido pelo colegiado. 6. Restituição das custas judiciais recolhidas em caso de retenção do agravo de instrumento. 7. Dispensa da reiteração do agravo retido em casos excepcionais: reexame necessário e questões de ordem pública. Não-infringência do princípio que veda a *reformatio in pejus*. 8. Faculdade outorgada ao agravado de juntar "documentação que entender conveniente" . 9. Oitiva do Ministério Público nas hipóteses previstas nos incisos III a V do artigo 527, do CPC. 10. Irrecorribilidade da decisão do relator que versar sobre retenção do agravo, pedido de tutela antecipada e efeito suspensivo. 10.1. Inconstitucionalidade da irrecorribilidade. 10.2. Meios de impugnação da decisão monocrática. 11. Direito Intertemporal. 12. Bibliografia.

RESUMO: o presente artigo versa sobre as principais alterações trazidas pela Lei nº 11.187/05 ao recurso de agravo. Primeiramente, apresentamos uma breve resenha histórica, expondo a origem do recurso de agravo, bem como a evolução legislativa verificada no ordenamento jurídico pátrio sobre o tema. Após, tratamos dos principais princípios processuais que nortearam a recente alteração legislativa. No capítulo seguinte, passamos a examinar as principais inovações decorrentes da citada norma legal. Dedicamo-nos, a seguir, a estudar a constitucionalidade da irrecorribilidade da decisão monocrática proferida pelo Relator do agravo, assim como os possíveis meios de impugnação a serem manejados contra a citada decisão. Por fim, discorremos sobre o Direito Temporal a ser aplicado ao tema.

---

[1] Mestranda em Direito Processual pela UERJ. Pós-graduada em Direito Processual pela Universidade Gama Filho. Tabeliã.

ABSTRACT: The present paper approaches the main modifications brought fourth by the Law number 11187/05 to interlocutory appeals. First, we present one brief historical summary, displaying the origin of this sort of appeal, as well as the legislative evolution of the Brazilian legal system on the subject. After, we deal with the main principles that inspired the recent legislative modifications. In the following chapter, we examine the main innovations of the aforementioned rule of law, and study the constitutionality of the prohibition of appealing against the preliminary decision pronounced by Reporting Justice of the interlocutory appeal, as well as the possible means of challenging such decision. Finally, we examine the issues relating to the conflict of laws in time.

PALAVRAS-CHAVE: Recurso de agravo – Retenção - Irrecorribilidade.

KEYWORDS: *Interlocutory appeal - Regime of retention - Unappealability.*

1. Introdução:

No Direito Romano, tanto no período da *legis actiones* quanto no período formulário, as decisões interlocutórias (*interlocutiones)* não eram recorríveis. Isso porque, em ambos os períodos, a decisão era proferida por juiz privado, escolhido pelas partes, cumprindo ressaltar, ainda, quanto ao período formulário[2], que o pretor elaborava a "fórmula" e, posteriormente, as provas eram produzidas perante o *iudex*, escolhido pelas partes. Inexistia hierarquia entre ambos, o que inviabilizava a existência de agravo de instrumento, dada a ausência da estrutura hierárquica necessária para tanto, notadamente a existência de juízes de graus de jurisdição diversos[3].

Com efeito, a origem do agravo remete à figura do Rei, uma vez que as queixas dos súditos – denominadas "querimas" ou "querimônias" - eram a ele dirigidas, que as avocava para si, a fim de examinar a justiça da decisão. As querimas deveriam ser acompanhadas de "cartas testemunháveis", elaboradas pelo escrivão ou "estormentos públicos", elaboradas pelo tabelião, que atestavam a verdade das alegações tecidas pelo requerente. Em um primeiro momento, as querimas eram examinadas diretamente pelo Rei e, ao depois, este passou a encaminhá-las à autoridade jurisdicional superior.

A nomenclatura "agravo" originou-se do uso incorreto da palavra. Isso porque os indivíduos dirigiam ao juiz as querimas, a fim de tentar reverter o agravo sofrido. No entanto, correntemente, diziam que haviam submetido o seu "agravo" ao Rei e, com isso, a medida

[2] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os Agravos no CPC Brasileiro*. 4. ed. São Paulo: RT. 2005. Vol. 2. pp. 28/29.

[3] ALVIM, J. E. Carreira. In *Novo Agravo.* 4. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2002. p. 18.

processual adotada acabou por substituir o resultado que se buscava remediar, restando consagrada a expressão "agravo" pelo uso.

O agravo, com as características com que hoje se apresenta, teve a sua primeira previsão nas Ordenações Manuelinas, de acordo com o ilustre jurista Moacyr Lobo da Costa[4].

Aportando em momento posterior, temos que o Código de Processo Civil de 1939 previu três regimes de agravo: de instrumento, de petição e no auto do processo. No aludido compêndio, o legislador previu, casuisticamente, as hipóteses em que cada qual dos regimes deveria ser adotado pelo recorrente. No artigo 842[5], estavam previstas as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, sendo certo que o agravo no auto do processo, que equivaleria, *mutatis mutandis*, ao atual agravo retido, tinha as suas hipóteses de cabimento previstas no artigo 851[6].

O agravo de petição, por sua vez, se destinava a reformar a chamada "decisão terminativa", que extingue o processo sem examinar o mérito, e se processava nos próprios autos principais, consoante dispunha o artigo 846[7] do Diploma de 1939.

---

[4] Cf. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *op. cit.* p. 42.

[5] CPC, 1939. "Artigo 842 – Além dos casos em que a lei expressamente o permite, dar-se-á agravo de instrumento das decisões: I- que não admitirem a intervenção de terceiro na causa;

II – que julgarem a exceção de incompetência;

III – que denegarem ou concederem medidas requeridas como preparatórias da ação;

IV- que não concederem vista para embargos de terceiro, ou que os julgarem;

V- que denegarem ou revogarem o benefício da gratuidade;

VI- que ordenarem a prisão;

VII- que nomearem, ou destituírem inventariante, tutor, curador, testamenteiro ou liquidante;

VIII- que arbitrarem, ou deixarem de arbitrar a remuneração dos liquidante ou a vintena dos testamenteiros;

IX- que denegarem a apelação, inclusive a terceiro prejudicado, a julgarem deserta, ou a relevarem da deserção;

X- que decidirem a respeito de erro de conta;

XI- que concederem, ou não, a adjudicação ou a remissão de bens;

XII- que anularem a arrematação, adjudicação ou remissão cujos efeitos legais já se tenham produzido;

XIII- que admitirem, ou não, o concurso de credores, ou ordenarem a inclusão ou exclusão de créditos;

XIV- que julgarem, ou não, prestadas as contas;

XV- que julgarem os processo de que trata os Títulos XV a XXII do Livro V, ou os respectivos incidentes, ressalvadas as exceções expressas;

XVI- que negarem alimentos provisionais;

XVII- que, sem caução idônea, ou independentemente de sentença anterior, autorizarem a entrega de dinheiro ou quaisquer outros bens, ou a alienação, hipoteca, permuta subrogação ou arrendamento de bens."

[6] CPC, 1939. "Artigo 851 – Caberá agravo no auto do processo das decisões:

I- que julgarem improcedentes as exceções de litispendência e coisa julgada;

II- que não admitirem a prova requerida ou cercearem, de qualquer forma, a defesa do interessado;

III- que concederem, na pendência da lide, medidas preventivas;

IV- que considerarem, ou não, saneado o processo, ressalvando-se, quanto à última hipótese o disposto no art. 846."

[7] CPC, 1939. "Artigo 846 – Salvo os casos expressos de agravo de instrumento, admitir-se-á agravo de petição, que se processará nos próprios autos, das decisões que impliquem a terminação do processo principal, sem lhe resolverem o mérito."

O Código de Processo Civil de 1973, diversamente do Diploma anterior, optou por adotar, em sua redação original, o agravo de instrumento como regra geral.

No entanto, verifica-se que as reformas implementadas desde então, no texto do Código de 1973, caminharam no sentido de restringir as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, até culminar com a Lei Federal nº 11.187/05, que, adotando posicionamento diametralmente oposto, instituiu o agravo retido como regra geral, conforme será exposto em momento posterior do presente trabalho.

Com efeito, a fim de elaborar um breve panorama das sucessivas Reformas do Código de Processo Civil de 1973 em matéria de agravo, poder-se-ia separá-las, sucintamente, em quatro fases:

1ª fase: redação original do CPC/1973. Características:

- Impugnação dirigida ao juiz prolator da decisão agravada;
- A retenção ou não do agravo derivaria exclusivamente de uma opção do recorrente;
- Prazo para agravo de 5 dias;
- Formação do instrumento contava com a participação do cartório e do agravado;
- Havia possibilidade de juízo de retratação, que, se fosse exercido, permitia que o agravado aproveitasse o recurso já interposto em seu favor.

2ª fase: 1ª reforma (lei nº 9.139/1995). Características:

- Endereçamento do agravo para o Tribunal;
- Imposição do agravo retido em situações isoladas;
- Possibilidade de apresentação oral de agravo retido contra decisão proferida em audiência;
- Alargamento do prazo para agravo para 10 dias;
- Carreou ao agravante o ônus de formar o instrumento;
- Outorgou ao relator poderes para antecipar a tutela recursal e suspender os efeitos da decisão agravada;
- Incentivou que o relator julgasse liminar e monocraticamente os agravos manifestamente inviáveis;
- Dispôs que se dê por prejudicado o agravo, na hipótese de exercício do juízo de retratação.

3ª fase: 2ª reforma, intitulada "Reforma da Reforma" (lei nº 10.352/01). Características:

- Ampliação das hipóteses de retenção impositiva do agravo;

- Imposição sanção de não-conhecimento do agravo no caso de o agravante não comunicar ao prolator da decisão acerca da interposição do agravo, se o agravado suscitar a questão;
- Incentivou-se ainda mais o julgamento monocrático e liminar pelo relator;
- *Autorizou-se* o relator a converter o agravo de instrumento em agravo retido.

4ª fase: Lei nº 11.187/2005. Características:

- Transformação do agravo retido em regra e agravo de instrumento em exceção.
- Imposição do agravo retido e oral, a ser interposto imediatamente, contra decisões proferidas em AIJ;
- Ordem para que o relator determine a retenção dos agravos de instrumento em dissonância com as hipóteses legais;
- Autorização para que o agravado apresente, além das peças do processo, documentos inéditos;
- Irrecorribilidade das decisões do Relator sobre retenção do agravo, antecipação da tutela recursal e concessão de efeito suspensivo.

2. Princípios norteadores da recente reforma

A partir do exame dos lineamentos da Reforma introduzida pela lei federal nº 11.187/05, traçados no item anterior, verifica-se que o legislador norteou-se, especialmente, pelos seguintes princípios processuais.

Princípio da celeridade, na medida em que, ao tornar o agravo retido a regra geral, visou o legislador a condensar o reexame das questões incidentais em um mesmo momento processual, notadamente por ocasião do julgamento da apelação, e evitar que o Tribunal seja chamado a julgar, separadamente, diversos recursos de agravo ao longo do processo, procurando, com isso, reverter o que se tem chamado de "crise de tempestividade da prestação jurisdicional"[8]. Com efeito, a sistemática anterior à reforma ocasionava um maior dispêndio de tempo, inclusive porque, não raro, a parte agravante requeria a concessão de efeito suspensivo ao agravo ou, ainda que este não fosse concedido, as partes acabavam por aguardar o julgamento do recurso para, verdadeiramente, impulsionar o processo. Digno de destaque que o prestígio do legislador ao princípio da celeridade se coaduna com a garantia da razoável duração do processo, assegurada pela Constituição Federal no artigo 5º, inciso LXXVIII, em razão da recente Emenda Constitucional nº 45[9].

[8] Nesse sentido, leciona o jurista José Henrique Mouta Araújo, *in verbis*: "Como é fato, o recurso de agravo de instrumento em face de decisão interlocutória corrobora com a chamada crise de tempestividade da prestação jurisdicional, considerando a sua grande utilização pelos jurisdicionados, o que acaba gerando atrasos nas pautas de julgamentos dos recursos de apelação." *O Agravo e as mais recentes alterações processuais: alguns questionamentos. . In* NERY JR, Nelson. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (org.). *Aspectos Polêmicos e atuais dos Recursos Cíveis e assuntos afins*. Volume 10. São Paulo: RT. 2006. p. 206.

[9] *Idem*, p. 208.

De igual sorte, o princípio da economia processual norteou o legislador, eis que a recente Reforma buscou instituir procedimentos mais simples, desburocratizando-os.

É autorizado concluir, outrossim, que o princípio a oralidade igualmente orientou as alterações implementadas, como, por exemplo, ao ser prevista a interposição de agravo retido obrigatoriamente oral contra decisão proferida em audiência de instrução e julgamento, por força da nova redação dada ao artigo 522, §3º, do CPC.

3. Agravo retido como regra geral.
3.1) Hipóteses de cabimento do agravo de instrumento.

A Lei Federal nº 11.187/05, alterando a redação dada ao artigo 522, *caput,* do CPC, tornou o agravo retido a regra geral no que tange à recorribilidade das decisões interlocutórias em nosso sistema.

Cumpre destacar que o eminente processualista Athos Gusmão Carneiro minimiza o impacto surgido com a alteração legislativa em comento. De fato, o autor reconhece que o termo "converterá", adotado na redação atual, é bastante forte, mas entende que o relator sempre dispôs do poder-dever de converter o agravo de instrumento em retido, quando não fosse urgente a tutela recursal pretendida. Segundo o ilustre jurista, o Relator nunca possuiu autêntica discricionariedade[10] nessa avaliação, mas pôde apenas lançar mão de certo grau de flexibilidade que, segundo afirma, seria inerente ao exame de conceitos jurídicos indeterminados, como é o caso, por exemplo, do conceito de "lesão grave e de difícil reparação", expressão utilizada pelo legislador da reforma e que há existia em nosso Código. Pretende o citado jurista, com isso, afirmar que, agora não mais do que antes, cabe ao juiz, sempre que presentes os requisitos legais, converter o agravo de instrumento em retido, não havendo, por isso, profunda alteração, quanto a esse ponto, em decorrência da recente Reforma[11].

No entanto, a maior parte da doutrina, a nosso ver, com razão, reconhece que, até hoje, os julgadores agiam com parcimônia na conversão do agravo de instrumento em retido, e que, com o advento da lei nº 11.187/05, teria surgido uma perspectiva concreta de aumento substancial da utilização do agravo retido e, por conseguinte, uma mudança, real e significativa, no tratamento do recurso de agravo[12].

---

[10] Candido Rangel Dinamarco, por outro lado, entende que o relator dispunha de discricionariedade para converter o agravo de instrumento em retido, durante a vigência da lei 10.352/01. *In A Reforma da Reforma*.

[11] CARNEIRO, Athos Gusmão. *Do Recurso de Agravo ante a Lei 11.187/2005. In* NERY JR, Nelson. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (org.). *Aspectos Polêmicos e atuais dos Recursos Cíveis e assuntos afins*. Volume 10. São Paulo: RT. 2006. pp. 34/48.

[12] Por todos, BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *Primeiras impressões sobre o novo regime do agravo. In Aspectos Polêmicos...* Especialmente pp. 233/235.

Feitas tais ponderações, tem-se que o artigo 522 do CPC, em sua redação atual, prevê as seguintes hipóteses de cabimento do *agravo de instrumento*, que serão examinadas separadamente.

1º) Se a decisão agravada for suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação:

Tendo em vista que o agravo de instrumento tornou-se exceção, caberá ao agravante demonstrar a presença dos requisitos legais de cabimento do agravo de instrumento, previstos no artigo 522 do CPC.

Cumpre, primeiramente, destacar que o processualista Guilherme Rizzo Amaral sustenta, com propriedade, que caberá ao agravante apenas demonstrar superficialmente o risco de lesão (*in status assertionis*), sendo equivocado exigir do recorrente a comprovação cabal e concreta do *efetivo* perigo de dano, pois isso tocaria o próprio mérito recursal[13]. Pretendendo o agravante a concessão de tutela antecipada, caso o relator entenda que não há *efetivo* dano ou perigo de dano, *in concreto*, este deverá negar provimento ao agravo e não convertê-lo em agravo retido, pois, do contrário, haveria *error in procedendo*.

De fato, forçoso convir que contraria a própria finalidade da reforma processual a conversão em agravo retido, se o relator já está convencido da ausência de "periculum in mora", uma vez que a questão seria, desnecessariamente, examinada de novo pelo colegiado, quando do julgamento do agravo retido, juntamente com a apelação, o que atentaria contra a celeridade e economia processuais.

Com efeito, o célebre processualista José Carlos Barbosa Moreira já alertava para a ausência de tecnicidade dos julgadores na distinção entre admissibilidade e mérito recursais, especialmente quanto ao julgamento dos recursos excepcionais pelos Tribunais Superiores, onde freqüentemente "não se conhece" do recurso por não haver violação ao preceito constitucional ou de lei federal, o que tange ao próprio mérito do recurso[14].

Dito isso, entende a doutrina que o requisito da "lesão grave e de difícil reparação", previsto no artigo 522 do CPC, se identifica com aquele insculpido no inciso I do artigo 273, o "periculum in mora", exigido para a concessão de tutela antecipada, o que afasta eventuais dúvidas por parte dos operadores do Direito, por estarem estes habituados, desde longa data, a identificar os lineamentos do "periculum in mora".

Merece destaque outro importante parâmetro trazido pela doutrina, segundo o qual, sempre que estiverem presentes as hipóteses previstas no artigo 558 do CPC - quais sejam, prisão civil, adjudicação, remição de bens, levantamento de dinheiro sem caução idônea -,

---

[13] *O agravo de instrumento na lei nº 11.187/05 e as recentes decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul: um alerta necessário.* Artigo disponível no endereço eletrônico: www.abdpc.org.br. Consulta realizada em 20/04/06.

[14] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. V*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2002. pp. 201.202.

será cabível o agravo de instrumento[15]. Isso porque, nesse dispositivo legal, o legislador prevê hipóteses expressas de "lesão grave e de difícil reparação", exatamente o mesmo requisito exigido pelo artigo 522 para o cabimento do agravo de instrumento, devendo aquele dispositivo legal, portanto, ser aplicado por analogia. Nesse caso, sustenta-se que *o próprio legislador* teria dado concretude ao conceito jurídico indeterminado, que é a lesão grave e de difícil reparação, no artigo 558.

Cumpre salientar, ainda, que parte da doutrina entende que tal exceção se estende a toda e qualquer hipótese de apreciação de tutela antecipada. Ou seja, versando o agravo sobre pedido de tutela antecipada, *ipso facto*, seria cabível o agravo de instrumento[16].

No entanto, há casos em que a tutela antecipada não se lastreia no "periculum in mora", mas sim no abuso do direito de defesa do réu (inciso II, artigo 273) ou na incontrovérsia da questão (§ 6º, artigo 273). Nesses casos, o melhor entendimento seria no sentido do não-cabimento do agravo de instrumento, uma vez que o aguardo do momento do julgamento da apelação para que seja examinado o mérito do agravo retido não ocasionaria, a princípio, risco de lesão grave. Logo, apenas o pedido de tutela de urgência (inciso I do art, 273, CPC) ensejaria o cabimento do agravo de instrumento e não a tutela de evidência (inc. II e § 6º do artigo 273), salvo se demonstrado, no caso concreto, o perigo de lesão[17].

O professor Luis Guilherme Aidar Bondioli entende que apenas no caso de *deferimento* do pedido de antecipação da tutela seria cabível a interposição de agravo de instrumento. Isso porque, no caso de indeferimento, segundo o citado jurista, "não teria precipitado a tutela jurisdicional final", mas apenas teriam sido impostos ao requerente os ônus naturais de aguardar o desfecho do processo (denominados "danos marginais do processo"), que não ensejam, por si sós, a interposição de agravo de instrumento. Seria necessário ao agravante ir além e demonstrar que, naquele caso, haveria perigo de dano grave decorrente do não acolhimento imediato de seu pedido de antecipação de tutela[18]. Ousamos discordar do citado jurista, por entendermos que, estando o pedido de tutela antecipada fundado na urgência, o recurso a ser interposto será necessariamente o agravo de instrumento, independentemente de a decisão recorrida ter acolhido ou rejeitado o pedido.

Cabe ressaltar, ainda, que a lei não exige demonstração da plausibilidade do direito alegado pelo agravante para que seja cabível o agravo de instrumento, mas tão somente a

---

[15] BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *Op. cit.*

[16] Nesse viés de orientação, ARAÚJO, José Henrique Mouta. *op. cit*. p. 211.

[17] Assim sendo, não merece prosperar o entendimento no sentido de que a retenção do agravo, nessas hipóteses, retiraria toda a sua utilidade. Isso porque, se não houver perigo de lesão grave e de difícil reparação para o agravante, isso significa que o mesmo poderá suportar o cumprimento da tutela antecipada até o julgamento do recurso juntamente com a apelação. Do contrário, caso esteja presente o risco de lesão, então estará aberta a possibilidade de interposição de agravo de instrumento. Além disso, a sentença poderá manter ou revogar a tutela antecipada anteriormente concedida.

[18] *Primeiras impressões sobre o novo regime do agravo. In Aspectos Polêmicos... op. cit.* pp. 240/241.

demonstração do perigo de lesão. Assim sendo, somente o *periculum in mora* pode ser tido como requisito legal de cabimento do agravo de instrumento, e não o *fumus boni iuris*[19].

2º) Casos de "inadmissão da apelação e casos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida":

Nessa segunda hipótese de cabimento do agravo de instrumento, verifica-se que, na verdade, não seria possível solução diversa, uma vez que o agravante sequer teria ocasião para reiterar o agravo retido. Isso porque a apelação, que consiste justamente na ocasião própria para a reiteração do agravo retido, já teria sido interposta, o que inviabilizaria a apreciação do agravo pelo Tribunal. Dessa feita, vem o legislador, ao prever essa segunda hipótese de exceção à regra geral, exclusivamente permitir que o agravo possa ser examinado, o que não seria viável se fosse adotado o regime retido.

3º) Outras hipóteses de cabimento do agravo de instrumento:

Pode-se apontar outras hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, que não se inserem em nenhum dos casos previstos no *caput* do artigo 522, do Código de Processo Civil. Assim sendo, é autorizado destacar as seguintes exceções, muitas das quais consagradas em sede doutrinária, que poderiam ser chamadas de "atípicas".

1) Decisões proferidas durante a execução do julgado, eis que a sentença da execução não decide questões controvertidas, mas apenas põe fim à execução. Diante disso, seria remota a probabilidade de interposição de apelação contra a sentença proferida na execução, faltando ao agravante, portanto, a oportunidade adequada para a reiteração do agravo retido. Essa hipótese já era defendida pelo ilustre processualista Cândido Rangel Dinamarco[20], mesmo antes da recente Reforma do Processo de Execução introduzida pela lei federal nº 11.132.

Insta salientar que esse argumento fica robustecido pela recente reforma processual, que instituiu o cumprimento imediato da sentença, com a execução sem intervalo, uma vez que sequer haveria a instauração de novo processo, mas mero desdobramento da relação processual anteriormente instaurada.

Ademais, introduziram-se os artigos 475-H – que prevê a interposição de agravo de instrumento na fase de liquidação de sentença - e 475-M, § 3º - que dispõe sobre o cabimento de agravo de instrumento contra a sentença proferida na impugnação do devedor -, que fazem expressa menção a agravo de instrumento, fazendo crer que este seria o regime de agravo mais adequado durante a execução.

---

[19] Cabem aqui as considerações tecidas pelo jurista Guilherme Rizzo Amaral sobre a análise superficial das alegações e a distinção entre admissibilidade e mérito recursal, constantes do início deste tópico. No entanto, é forçoso reconhecer que, estando o julgador convencido da manifesta ausência de fundamento do pleito recursal, dificilmente permitirá o seu prosseguimento, ainda que sob o regime retido.

[20] *A Reforma da Reforma.* São Paulo: Malheiros. 2002. p. 167.

Cumpre consignar, embora discordemos, o entendimento doutrinário[21] no sentido de que, por ser anterior o projeto de lei que introduziu tais dispositivos (lei federal nº 11.232/05) em relação ao da lei federal nº 11.187/05, deveria prevalecer a regra geral do agravo retido. Isso porque, quando foi elaborado o projeto da lei federal nº 11.232/05, o legislador ainda não tinha ciência de que o regime retido de interposição do agravo viria a ser adotado como regra geral. Todavia, entendemos que tal posicionamento não deve prevalecer, em razão das próprias peculiaridades da execução, acima destacadas, e principalmente devido à impossibilidade de reiteração do agravo retido, que acaba por inviabilizar o seu julgamento.

2) Prisão civil, seja no caso de deferimento ou indeferimento do pedido de prisão. Em caso de deferimento, devido à supressão da liberdade do indivíduo, valor este de estatura constitucional, que exige, pois, reexame imediato da decisão por parte do órgão jurisdicional competente, através de agravo de instrumento. De igual sorte, seria cabível agravo de instrumento no caso de indeferimento do pedido de prisão, uma vez que, especialmente com relação à dívida de alimentos, o alimentando permaneceria sem receber os alimentos devidos, causando-lhe graves danos[22].

3) Perícia, especialmente diante do risco de que os documentos a serem analisados possam perecer[23]. Ousamos, contudo, discordar de que esta seria uma nova exceção ao regime retido de interposição do agravo. Isso porque entendemos que o risco de perecimento do objeto a ser periciado poderia ser facilmente enquadrado como "risco de lesão de difícil reparação", hipótese expressamente prevista no artigo 522, do CPC. Assim sendo, segundo nosso entendimento, esta seria uma exceção típica, com expressa previsão legal, e não uma nova hipótese.

4) Todas as decisões interlocutórias proferidas em incidente processual seriam passíveis de agravo de instrumento, tais como: exceção de incompetência, impugnação à gratuidade de justiça, impugnação ao valor da causa, etc., consoante o entendimento do eminente jurista Athos Gusmão Carneiro, que comungamos, tendo em vista que, nesses casos, não seria prolatada sentença, sob o prisma técnico.

Cabe destacar, embora discordemos, que o não menos ilustre processualista Araken de Assis externou posicionamento contrário, defendendo que tais decisões são *materialmente sentença* e não decisão interlocutória, pois decidem questões novas, devendo ser desafiadas através de recurso de apelação e não agravo. Com efeito, forçoso convir que a adoção desse entendimento põe fim a qualquer celeuma quanto ao regime de interposição do agravo nesses casos, eis que este sequer seria o recurso cabível.

---

[21] ARAÚJO, José Henrique Mouta. *Op. cit.*

[22] BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *Op. cit.*

[23] CARNEIRO, Athos Gusmão. *op. cit*.

Indo além, vale ressaltar que esse eminente jurista sustenta que o recurso cabível inclusive contra a decisão que põe fim à liquidação de sentença seria a apelação e não o agravo, muito embora a lei nº 11.132/05 tenha revogado o inciso III do art. 520, do CPC, e tenha inserido do art. 475-H, o qual faz expressa menção ao cabimento do agravo de instrumento. Seguindo esse raciocínio, o processualista Humberto Dalla aponta que, para essa corrente, seria cabível apelação *com* efeito suspensivo[24]. Todavia, o este jurista manifesta a sua discordância – a nosso ver, com razão -, salientando que, a prevalecer esse entendimento, o regime anterior, que previa o cabimento de apelação *sem* efeito suspensivo, seria substituído pelo cabimento de apelação *com* efeito suspensivo — por se tratar da regra geral —, que ocasiona maiores entraves ao andamento do processo e compromete a celeridade processual, contrariando uma das principais finalidades das recentes reformas do Código de Processo Civil, o que não pode ser chancelado.

5) Decisão que inadmite a reconvenção, uma vez que interessa ao reconvinte justamente o processamento simultâneo da reconvenção e da ação principal. O ideal de celeridade e economia processuais, que orientam a reconvenção, ficariam comprometidos se, quando do julgamento da apelação (ocasião em que seria examinado o mérito do agravo retido), o Tribunal admitisse, só então, a reconvenção.

De igual sorte, o mesmo raciocínio seria aplicável às hipóteses de intervenção de terceiros. Por exemplo, o assistente afastado da lide em razão de decisão interlocutória passível de agravo retido já não mais poderia colaborar com a parte se o seu pedido fosse acolhido somente no momento de julgamento da apelação, esvaziando a própria efetividade do instituto da assistência. Por esse motivo, seria cabível a interposição de agravo de instrumento.

6) Exame da competência do juízo. É aplicável o mesmo raciocínio exposto no item anterior, uma vez que, se for considerado incompetente o juiz somente no julgamento da apelação, todos os atos decisórios seriam anulados, contrariando toda a lógica do sistema de retenção. Vale salientar que o Superior Tribunal de Justiça já adotava esse entendimento em relação ao processamento do recurso especial e que entendemos ser aplicável, *mutatis mutandis*, ao recurso de agravo[25].

A doutrina aponta outras exceções ao regime retido de interposição do agravo, tais como a decisão interlocutória que examina a alegação de litispendência; a decisão de indeferimento parcial da petição inicial e de fixação de honorários periciais, adotando como fundamento principalmente a inutilidade da adoção do regime retido nessas hipóteses peculiares. Por fim, outra exceção indicada consiste na decisão de substituição do perito por negligência, tendo em vista que tal medida pode ensejar a aplicação de sanção ao

[24] *A nova sistemática do cumprimento da sentença. In Revista Dialética de Direito Processual*, vol. 37, pp. 46/62, São Paulo: Oliveira Rocha, 2006.

[25] Nesse sentido, RESP 227.787/CE. 3ª Turma STJ. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Disponível no endereço eletrônico: www.stj.gov.br

perito, por força do artigo 424, CPC, o que justificaria o pronto processamento do agravo contra essa decisão.

3.2) Ausência de interesse-adequação na interposição de agravo de instrumento

Doutrinariamente, entende-se que, não estando presentes os requisitos autorizadores do agravo de instrumento, carecerá o agravante de interesse-adequação, eis que o agravo de instrumento não será a via recursal adequada para tutelar o direito alegado pelo recorrente[26].

Nesse caso, entendemos, seguindo o entendimento doutrinário majoritário, que caberá, obrigatoriamente, ao relator *converter* o agravo de instrumento em agravo retido.

No entanto, merece nota o entendimento divergente esposado por Manoel Caetano Ferreira Filho[27], segundo o qual o relator *não pode converter* o agravo de instrumento em agravo retido, mas sim negar-lhe seguimento por ser manifestamente inadmissível, com fulcro no artigo 558, *caput,* do CPC. Isso porque, segundo esse autor, se for autorizada a conversão do regime pelo relator, haverá um incentivo a que o recorrente tente sempre interpor agravo de instrumento, não havendo qualquer sanção em razão da indevida – e quiçá maliciosa - utilização dessa via recursal, ainda que manifestamente infundada.

Todavia, entendemos que esse posicionamento colide frontalmente com o disposto no inciso I do artigo 527, do Código de Processo Civil, que dispõe que o relator "converterá" o agravo de instrumento em agravo retido, nos casos em que aquele seja interposto indevidamente, indicando o legislador, em razão da ênfase ínsita ao tempo verbal escolhido – que se deve reputar propositalmente adotado, uma vez que não há palavras supérfluas no texto legal, conforme reza o brocardo *verba cum effectu, sunt accipienda*[28] -, que a conversão consiste em um dever do julgador.

4) Obrigatoriedade da interposição imediata de agravo retido oral contra as decisões proferidas em audiência de instrução e julgamento

A regra geral prevista na lei nº 11.187/05 consiste na interposição de agravo retido, no prazo de 10 dias, por escrito, a ser apresentado ao juiz prolator da decisão agravada, estando isento o agravante do recolhimento de custas judiciais.

No entanto, o § 3º, do artigo 522, do diploma processual, prevê a obrigatoriedade da interposição do agravo retido, *imediata e oralmente*, contra as decisões proferidas em audiência de instrução e julgamento. Logo, previu-se um *regime especial* de interposição do agravo retido especificamente nessa hipótese, cujas peculiaridades e controvérsias passaremos a analisar.

---

[26] SOUZA, André Pagani de. *O regime de retenção do agravo como regra geral. In Aspectos Polêmicos... op. cit*. p. 23.

[27] FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *Op. cit.*

[28] Cf. MAXIMILIANO, Carlos. *Op. cit*. p. 204.

4.1) Cabimento do agravo de instrumento

Entendemos que, estando presentes os requisitos autorizadores da interposição de agravo de instrumento, este seria cabível inclusive contra decisão proferida em audiência de instrução e julgamento[29], excetuando, portanto, o regime especial. Desse modo, não estaria excluído, de plano, o cabimento do agravo de instrumento, caso seja demonstrado pelo agravante o risco de lesão grave e de difícil reparação, como, por exemplo, no caso de indeferimento em audiência, da oitiva de testemunha à beira da morte; ou, ainda, do juiz que se declara incompetente na audiência de instrução e julgamento ou que indefere a intervenção de terceiros.

Cumpre consignar entendimento divergente, esposado por Marcelo Andrade Féres, em obra anteriormente citada, segundo o qual, ainda que seja proferida decisão, em AIJ, que seja suscetível de causar lesão grave à parte, mesmo assim não seria cabível a interposição de agravo de instrumento, mas somente retido, em razão da expressa imposição legal, que, segundo o citado autor, não seria passível de exceção. O autor afirma que caberia à parte a impetração de mandado de segurança, a fim de evitar a perpetração da lesão.

De outra parte, entendemos que, sendo cabível o regime especial ora em comento, deverá o recorrente se submeter ao regramento previsto, cumprindo-lhe interpor agravo retido oral e imediatamente, não sendo, pois, admissível a sua interposição por escrito ou a dilação do prazo para a apresentação das razões recursais, dado o caráter público e cogente das normas processuais. Vale dizer, ou se admite a interposição de agravo de instrumento[30] – que, aí sim, poderá ser por escrito e no prazo de 10 dias – ou então será aplicável o regime especial, que impõe a interposição oral e imediata.

Todavia, o Defensor Público Felipe Borring Rocha[31] adota posicionamento mais flexível ao sustentar que, em caráter excepcional, o agravante poderá postular por nova data para apresentar seu agravo retido oral, se, no momento em que a decisão interlocutória for proferida, ele alegar e provar que não dispõe de dados ou documentos necessários para embasar sua impugnação. Com isso, segundo o Defensor, será possível respeitar a oralidade do sistema, sem ofensa aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa (art. 5.º, LV, da CF).

A doutrina discute, ainda, se esse regime especial de agravo retido seria aplicável somente às decisões proferidas em audiência de instrução e julgamento ou se estenderia àquelas proferidas em audiência preliminar ou de conciliação. Com efeito, o ilustre

---

[29] No mesmo sentido, ASSIS, Araken de. *op. cit*.

[30] Essa hipótese somente tem validade para a corrente (majoritária) que admite a interposição de agravo de instrumento contra decisão interlocutória proferida em audiência de instrução e julgamento, caso haja risco de lesão grave e de difícil reparação.

[31] *In Considerações iniciais sobre as últimas alterações no recurso de agravo*. Texto disponível no endereço eletrônico: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7557. Consulta realizada em 20/04/06.

processualista Athos Gusmão Carneiro, em obra citada, entende que se estende sim a essas audiências e que a lei disse menos do que pretendia (*minus dixit quam voluit*). Segundo o aludido jurista, caberia ao agravante demonstrar que se trata de hipótese de cabimento de agravo de instrumento, caso contrário, deveria ele interpor agravo retido oral e imediatamente inclusive contra as decisões proferidas em audiência preliminar ou de conciliação.

Ousamos dissentir do ilustre jurista, tendo em vista o fato de que esse regime especial de interposição do agravo retido se mostra mais gravoso para o recorrente, pois lhe impõe a apresentação imediata e oral, no momento da audiência, retirando-lhe o prazo decendial para a elaboração mais apurada de suas razões recursais. Portanto, não seria cabível uma interpretação extensiva do disposto no § 3º do artigo 522, tendo em mira a regra hermenêutica segundo a qual as normas restritivas devem ser interpretadas literalmente.

4.2) Possibilidade de interposição de apenas um recurso contra decisões proferidas em audiência.

Outra interessante discussão a respeito do tema se refere à hipótese de o juiz ter proferido mais de uma decisão durante a AIJ, sendo apenas uma delas suscetível de causar lesão de difícil reparação. Seria cabível agravo de instrumento contra ambas as decisões ou deveria a parte interpor agravo de instrumento contra a decisão lesiva e também agravo retido contra a outra decisão?

Cumpre ressaltar que parte da doutrina entende que caberá à parte interpor ambos os agravos[32]. Ou seja, deveria interpor agravo retido imediato e oral durante a audiência e, ainda, agravo de instrumento, no prazo de dez dias perante o Tribunal, em face da decisão suscetível de lhe causar lesão de difícil reparação.

Todavia, entendemos que caberá apenas agravo de instrumento[33], o qual abrangerá ambas as decisões, em observância ao princípio da unirrecorribilidade. A corrente que adota o entendimento oposto apregoa que o princípio não seria violado, uma vez que, segundo eles, teria sido proferida mais de uma decisão, embora na mesma audiência, cada qual atacável por um recurso específico.

5) Conversão do agravo de instrumento em retido pelo colegiado

Ainda outra questão digna de registro se refere à hipótese de a parte ter interposto agravo de instrumento e o Relator ter admitido o recurso sob esse regime, sendo certo que, quando do julgamento do mérito do agravo pelo Colegiado, este entende que seria, em verdade, caso de interposição sob o regime retido. Caberia ao Colegiado converter o agravo em retido ou prosseguir no julgamento e examinar o mérito?

[32] Nesse sentido. FÉRES, Marcelo Andrade. *Op. Cit.* FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *Op. Cit.*

[33] No mesmo sentido, BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *Op. cit.*

O magistrado Gustavo Filipe Barbosa Garcia[34] entende que o colegiado deve converter o agravo de instrumento em retido, pois a regra insculpida no inciso I do artigo 527, do Código de Processo Civil, é cogente, não importando que o agravo de instrumento já tenha sido processado. Segundo ele, a conversão do agravo de instrumento em retido é imperativa, não havendo margem de discricionariedade do órgão julgador.

No entanto, comungamos o entendimento preconizado por Cândido Rangel Dinamarco[35], segundo o qual deveria o colegiado julgar o mérito do agravo, uma vez que tudo o que se queria evitar com o agravo retido, que seria o assoberbamento do Tribunal, já teria ocorrido. Com efeito, na hipótese em análise, o agravo já fora processado, a pauta já fora ocupada para o exame daquele recurso, valendo destacar que a finalidade da retenção é a economia e a celeridade processuais, que seriam comprometidas se o tribunal convertesse o agravo em retido àquela altura. Uma interpretação literal do inciso I do citado dispositivo legal conduziria, portanto, ao desatendimento da própria finalidade da norma. Seria autorizado concluir, inclusive, que se trataria da aplicação, por analogia, da conhecida teoria da causa madura – desenvolvida quanto ao julgamento do recurso de apelação -, uma vez que todo o trâmite do agravo já teria se desenvolvido, estando o recurso pronto para ser julgado.

Indo além, e, segundo nosso entendimento, com razão, defende Dinamarco, de *lege ferenda*, que "seria oportuno apenar expressamente o agravante que optasse pelo agravo de instrumento em casos onde a lei o exclui, impondo-lhe uma multa em regime de *responsabilidade objetiva* (independentemente de sua boa ou má-fé). O inc. VII do art. 17 do CPC, sancionando como litigância de má fé a interposição de recursos com intuito protelatório, mostra-se insuficiente para a produção dos resultados desejados (...)."[36].

Com efeito, reputamos de todo válida a aplicação de mecanismos de contenção da indevida utilização do agravo de instrumento, como meio de buscar balizar o comportamento das partes e evitar o esvaziamento do agravo retido em virtude da atuação temerária dos litigantes. Todavia, entendemos que a responsabilidade objetiva nesse caso se afigura excessivamente onerosa para a parte recorrente, que pode ter incorrido em erro ou pode, sinceramente, acreditar, embora sem razão, que o seu caso concreto se adequa à hipótese de lesão grave e de difícil reparação, autorizadora, em tese, da adoção do agravo de instrumento. Nesse caso, que decerto ocorrerá inúmeras vezes no quotidiano forense, a imputação de responsabilidade objetiva ao recorrente será injusta, o que nos conduz a defender a comprovação da má fé como requisito para a aplicação da multa.

6) Restituição das custas judiciais recolhidas em caso de retenção do agravo de instrumento

---

[34] *A nova disciplina do agravo no processo civil decorrente da Lei 11.187/2005. In Aspectos Polêmicos...* pp. 138/151

[35] *A Reforma da Reforma*. *Op. cit*. p. 172.

[36] *Idem*. pp.178/179.

Tendo em vista que o agravo retido é isento de custas judiciais, por força do artigo 522, parágrafo único, do Código de Processo Civil, caso a parte recorrente interponha agravo de instrumento e o Relator venha a convertê-lo em retido, terão sido recolhidas as custas desnecessariamente. Nesse caso, para que a parte não seja lesada, sustentamos deva ser estabelecida uma forma de restituição do valor recolhido, seja a devolução das custas, seja a sua compensação com os emolumentos a serem recolhidos futuramente ao longo do processo, cabendo ao Tribunal respectivo regulamentar a questão.

7) Dispensa da reiteração do agravo retido em casos excepcionais: reexame necessário e questões de ordem pública. Não-infringência do princípio que veda a "reformatio in pejus".

Entendemos, comungando o entendimento esposado pelo ilustre Desembargador Federal José Eduardo Carreira Alvim[37], que, em caso de *reexame necessário*, não é necessário que a parte reitere o agravo retido, cabendo ao Tribunal examinar todos os agravos retidos interpostos ao longo do processo, mesmo aqueles contrários aos interesses da Fazenda Pública, independentemente de reiteração.

De fato, não haveria *reformatio in pejus* contra a Fazenda Pública, pois, na remessa necessária, a parte contrária não teria oportunidade de reiterar o agravo retido interposto, uma vez que não seria intimada para apresentar contra-razões, não sendo razoável exigir que interponha apelação voluntária exclusivamente para reiterar o agravo retido outrora apresentado[38]. Estaria, nesse caso, afastada a previsão contida no §1º do artigo 522, do Código de Processo Civil, que exige que a parte requeira *expressamente* a apreciação do agravo retido pelo Tribunal, sob pena de não-conhecimento do recurso[39].

Do mesmo modo, quanto às questões de ordem pública, entendemos que[40], ainda que o agravante não tenha reiterado o agravo retido por ocasião da interposição da apelação, poderá o Tribunal, mesmo assim, examinar tais questões, uma vez que são congnoscíveis de ofício (art. 267, § 3º, CPC).

8) Faculdade outorgada ao agravado de juntar "documentação que entender conveniente" (inc. V, art. 527, CPC).

O legislador, na recente Reforma, alterou a redação do inciso V do artigo 527, para autorizar ao agravado a juntada da "documentação que entender conveniente". Antes da reforma, poderia o agravado juntar "cópias das peças". Com isso, permitiu o legislador que o

---

[37] *Novo Agravo*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2002.

[38] No mesmo sentido, BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V. op. cit. p. 501.

[39] No mesmo sentido, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *O Agravo. op. cit.* pp. 594/595. A autora registra o posicionamento divergente de Athos Gusmão Carneiro, exposto no artigo Aspectos Polêmicos do novo CPC, RT 475/216.

[40] No mesmo sentido, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os Agravos no CPC Brasileiro*. *op. cit.* p.264.

agravado junte aos autos do agravo de instrumento não apenas xerox de peças já existentes no processo, mas *documentos inéditos*. Para o ilustre jurista Athos Gusmão Carneiro, passa o agravado a poder juntar "documentos obtidos em outro processo ou alhures"[41].

No entanto, entendemos que essa permissão deve ser vista com redobrada cautela, em razão dos seguintes fundamentos. Primeiramente, cumpre considerar que o documento a ser apresentado pelo agravado nas contra-razões pode ser *preexistente* e o ele tenha decidido, *propositalmente*, juntá-lo somente em grau recursal, configurando verdadeiro "fator surpresa", configurador de comportamento desleal do recorrido, que não pode ser admitido.

Além disso, forçoso reconhecer que seria *suprimida uma instância*, eis que o juiz de 1º grau não teria examinado esse documento. Pairaria, portanto, sempre a dúvida sobre se o juiz, com esse documento, não teria decidido diversamente, tornando desnecessária, inclusive, a interposição desse agravo de instrumento.

Um argumento final e de capital importância reside no fato de que essa faculdade *não é oferecida ao agravante,* eis que o inciso II do artigo 525, do CPC, que se dirige ao recorrente, continua a autorizar a juntada apenas de "peças" constantes do processo e não de documentos novos, como faz o inciso V do artigo 527, em favor do agravado. Assim sendo, seria criada uma prerrogativa unilateral, apenas para uma das partes (o agravado), ferindo a isonomia, o que não pode ser admitido, devendo ser conferida a mesma prerrogativa a ambas as partes.

Diante das ponderações acima expostas, reputamos indispensável que o julgador esteja atento ao receber um documento inédito trazido somente em grau recursal pelo agravado, a fim de evitar comportamentos desleais.

9) Oitiva do ministério público nas hipóteses previstas nos incisos III a V, do artigo 527, CPC

A lei federal nº 11.187/05 corrigiu um equívoco constante do inciso VI do artigo 527, do Código de Processo Civil. Antes, previa a lei a manifestação do Ministério Público em todas as hipóteses previstas nos incisos I a V do artigo 527, e agora a limita aos incisos III a V.

Isso porque, nos incisos I e II, por ocasião da manifestação do Ministério Público, o Relator já teria decido monocraticamente acerca da conversão do agravo de instrumento em retido ou lhe teria negado seguimento liminarmente. Assim sendo, naquele momento processual, ou o Relator já havia determinado a manifestação prévia do *Parquet,* se entendesse necessária, ou já não seria mais útil a sua manifestação, após a decisão, salvo se fosse para exercer, eventualmente, o juízo de retratação, sendo, pois, adequada a correção implementada pela recente Reforma.

[41] *Op. cit.* pp. 43/44.

10) Irrecorribilidade da decisão do relator que versar sobre retenção do agravo, pedido de tutela antecipada e efeito suspensivo

O parágrafo único do artigo 527, do CPC, tornou *irrecorrível* a decisão do relator que verse sobre retenção do agravo, pedido de tutela antecipada, total ou parcial, ou de efeito suspensivo, sendo cabível exclusivamente a *reconsideração* da decisão pelo próprio Relator do agravo. Vale ressalvar, desde já, que a decisão do Relator que nega seguimento ao agravo, nos casos do artigo 557, do CPC, continua a ser passível de recurso para o colegiado.

Uma curiosidade destacada por Athos Gusmão Carneiro[42], e que merece nota, é que, nos debates precedentes à remessa do projeto de lei ao Congresso, houve forte reação à utilização da palavra "irrecorrível", acusando-se o dispositivo legal de ser "anti-democrático" e ofensivo ao princípio constitucional da ampla defesa. Optou-se, então, por dizer o mesmo com outras palavras, a fim de amenizar o impacto, daí porque prevê a norma que a decisão do relator seria "passível de reforma no momento do julgamento do agravo", e não diz diretamente que tal decisão é irrecorrível, embora os (polêmicos) efeitos sejam, enfim, os mesmos. Passemos, então, a examinar as principais questões atinentes à irrecorribilidade da decisão proferida pelo Relator.

10.1) Da inconstitucionalidade da irrecorribilidade

Parcela considerável da doutrina pátria reputa inconstitucional, a nosso ver, com propriedade, a irrecorribilidade da decisão proferida monocraticamente pelo Relator do agravo[43]. Podemos destacar os seguintes fundamentos jurídicos.

Violação do *princípio da colegialidade*, já reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça[44] e pelo Supremo Tribunal Federal[45]. Segundo o princípio da colegialidade, o colegiado é que seria o juiz natural para o julgamento do recurso e o Relator do agravo estaria apenas presentando a Turma ou Câmara julgadora. Assim sendo, a decisão proferida pelo Relator seria constitucional na medida em que fosse passível de conferência pelo órgão colegiado.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Agravo 183.380-7/MG, de relatoria do Min. Carlos Velloso, entendeu que "é legítima a disposição que confere ao relator competência para arquivar ou negar seguimento a pedido ou recurso, *desde que,* mediante recurso – agravo regimental, por exemplo – possam as decisões ser submetidas ao controle do

---

[42] *Do recurso de agravo ante a Lei 11.187/2005. op. cit*. p. 47.

[43] Nesse sentido, antes mesmo da recente Reforma, DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma da Reforma. op. cit.* p. 192. Adotando o mesmo posicionamento, ROCHA, Felipe Borring. *Op. cit.* SOUZA, André Pagani de. *O regime de retenção do agravo. In Aspectos Polêmicos... Op. cit.* pp. 26/27.

[44] Resp 575.938/SC, Rel. Min. Luiz Fux; Resp 770.620/PA, Rel. Min. Castro Meira. Disponíveis no endereço eletrônico: www.stj.gov.br

[45] AgReg no AI 471.080-1/SP. Rel. Min. Ellen Gracie. Disponível no endereço eletrônico: www.stf.gov.br

colegiado.". Desse modo, não havendo recurso contra a decisão monocrática, seria inconstitucional tal decisão.

Cândido Rangel Dinamarco, por seu turno, com a autoridade que lhe deve ser conferida, reconhece que "constitui fator legitimante da outorga desses poderes extraordinários ao relator a oferta de um recurso contra o ato deste, como meio de assegurar à parte contrariada um julgamento em colegiado (turma, câmara) – porque a colegialidade dos julgamentos superiores é inerente à fórmula ocidental de diversidade de graus jurisdicionais e de seu próprio fundamento sistemático."[46]. O aludido jurista entende que solução diversa seria de "duvidosa constitucionalidade", pois iria contra a garantia constitucional do devido processo legal.

O ilustre Professor Leonardo Greco[47] defende que a colegialidade não consiste em garantia do jurisdicionado, mas uma garantia estrutural, especialmente nos sistemas, como o nosso, de juiz monocrático de primeiro grau. A probabilidade de acerto de uma decisão proferida por um só juiz e revista por apenas um juiz seria reduzida, segundo o mencionado jurista, pondo em xeque a irrecorribilidade da decisão proferida monocraticamente pelo Relator.

Assim sendo, embora se entenda que o duplo grau de jurisdição não consiste em garantia constitucional inafastável[48], certo é que, sendo previsto recurso para o Tribunal Superior, e, assim, estando previsto o duplo grau de jurisdição na espécie, como é o caso do agravo, esse princípio só seria atendido no caso de possibilidade de exame da matéria pelo colegiado, uma vez que a finalidade desse princípio é o aprimoramento da decisão jurisdicional. Seria necessário submeter a questão aos Desembargadores integrantes da Turma ou Câmara competente, que são juízes mais experientes e que, em conjunto, debateriam a matéria. Somente assim seria verdadeiramente alcançada a finalidade de aprimoramento da decisão judicial.

Cabe registrar, inobstante a nossa discordância, que parte da doutrina não vislumbra qualquer mácula de inconstitucionalidade na irrecorribilidade da decisão proferida pelo Relator. O magistrado Gustavo Filipe Barbosa Garcia, em obra anteriormente mencionada, argumenta que a irrecorribilidade busca "imprimir maior celeridade no procedimento recursal do agravo de instrumento", não violando qualquer disposição constitucional, e que estaria o legislador adotando a sistemática "amplamente adotada no processo do trabalho".

10.2) Meios de impugnação da decisão monocrática

Primeiramente, merece registro o posicionamento adotado pelo ilustre processualista Humberto Theodoro Junior, em seu artigo "O problema da recorribilidade das interlocutórias

[46] *A Reforma da Reforma*. *op. cit*. p. 192

[47] GRECO, Leonardo. *A falência do sistema de recursos. In* Revista Dialética de Direito Processual 1/103.

[48] Nesse sentido, DINAMARCO, Cândido Rangel. *A nova era do Processo Civil*. São Paulo: Malheiros. 2003. pp. 158/159.

no processo civil brasileiro"[49] que, antes mesmo da edição da lei federal nº 11.187, já defendia a conversão *obrigatória* pelo Relator dos agravos de instrumento em retido, salvo casos de lesão de difícil reparação, sendo *irrecorrível* essa decisão. Segundo o renomado Professor, esta seria uma forma de conter a avalanche de recursos dirigidos aos Tribunais de todo o país.

No entanto, o próprio Professor detectou – e criticou - a problemática concernente à *proliferação de mandados de segurança* nessas situações, que poderiam ser consideradas "situações-limite", em que não há previsão legal de um recurso *stricto sensu* a ser utilizado pela parte. O citado jurista examinou a multiplicação de mandados de segurança à luz da impossibilidade – vigente à época da elaboração daquele trabalho – de o Relator do agravo conceder efeito suspensivo ao recurso, mas seus comentários se aplicam, *mutatis mutandis*, ao cenário que ora se apresenta por força da irrecorribilidade das decisões monocráticas proferidas pelo Relator, em que também não há previsão de recurso cabível.

Todavia, inobstante as críticas formuladas pelo célebre jurista, dirigidas ao vultoso número de mandados de segurança, mesmo assim, defende o seu uso como sucedâneo do agravo retido. A esse respeito, merecem transcrição as suas palavras, inseridas na citada obra, *in verbis*:

> "Se o volume de agravos de instrumento descabidos, aliados aos agravos internos que o insucesso dos primeiros acarreta é muito maior que o dos antigos mandados de segurança - que sempre foram excepcionais porque sujeitos a requisitos mais sérios que os dos agravos internos -, já seria tempo de pensar em voltar ao risco de conviver com o mandado de segurança durante a tramitação mais bem policiada dos agravos."

Desse modo, tendo em vista a inexistência de recurso contra a decisão monocrática proferida pelo Relator, seria cabível a impetração de mandado de segurança, conforme preconizado pelo Professor Humberto Theodoro Junior desde há muito e ora reconhecido pela doutrina.

Externando posição diversa, o autor Manoel Caetano Ferreira Filho entende que, *a rigor*, de acordo com a letra da lei, seria incabível qualquer meio de impugnação da decisão monocrática do Relator, inclusive mandado de segurança, uma vez que o parágrafo único do artigo 527, do CPC, dispõe que tal decisão somente será "passível de reforma no momento do julgamento do agravo". Logo, conclui o referido jurista, a lei vedaria *qualquer meio* de reforma da decisão, inclusive o mandado de segurança, e não apenas o descabimento de recurso *stricto sensu*. No entanto, o próprio autor acaba por reconhecer o cabimento de mandado de segurança, caso preenchidos os requisitos de liquidez e certeza do direito alegado, sob pena de violar o princípio do acesso à justiça e da inafastabilidade do controle jurisdicional.

[49] Artigo disponível no endereço eletrônico: www.abdpc.org.br. Consulta realizada em 10/04/06.

Ademais, conforme destacamos anteriormente, o legislador da recente Reforma apenas adotou essa expressão mais extensa meramente com a finalidade de suavizar o impacto advindo da redação original do projeto de lei, que previa textualmente a "irrecorribilidade", e que ensejou, à época, severas críticas de diversos segmentos da sociedade. No entanto, o propósito do legislador continuou a ser o descabimento de qualquer recurso ao colegiado contra a decisão monocrática do Relator do agravo, o que fragiliza o argumento tecido pelo citado jurista.

Outro meio de impugnação apontado pela doutrina[50] consiste no cabimento de requerimento de medida cautelar inominada dirigida ao Presidente da Câmara ou Turma - colegiado integrado pelo Relator do agravo -, demonstrando os requisitos da cautelar. Seria, em última análise, uma forma de transpor a irrecorribilidade da decisão monocrática, submetendo-a à revisão do Presidente.

Por fim, cumpre registrar nosso posicionamento sobre a questão ora debatida. Entendemos que a irrecorribilidade da decisão monocrática proferida pelo Relator, além de inconstitucional, configuraria um verdadeiro retrocesso prático e, inclusive, científico[51]. Se o ordenamento jurídico já previa um recurso adequado - seja na lei, seja no regimento interno dos Tribunais - para a revisão da decisão desfavorável à parte, a sua supressão, para dar lugar a um "lamentável sucedâneo", nas palavras de Athos Gusmão Carneiro ao aludir ao mandado de segurança[52], seria um contra-senso e uma involução.

Alie-se a isso o fato de que, a todas as luzes, tendo em vista a cultura vigente em nossa comunidade jurídica de interposição sucessiva de recursos – que talvez beire uma verdadeira "compulsão" -, decerto a inexistência de recurso próprio dará lugar à multiplicação de mandados de segurança, ocasionando justamente o mesmo assoberbamento do Tribunal a que se visava inicialmente suplantar. Diante disso, se essa perspectiva se concretizar, nem mesmo o único (louvável) propósito do legislador da Reforma de desafogar os Tribunais terá sido alcançado, restando apenas, como legado, um lamentável retrocesso técnico e científico, em que se suprime um recurso para dar lugar à utilização promíscua e atécnica de um sucedâneo recursal.

Com efeito, a exclusão da previsão legal de um recurso específico e próprio não possui o condão de conter eventual "fúria recursal" das partes e seus advogados, que certamente irão, com criatividade, lançar mão de outros meios processuais – decerto menos adequados tecnicamente – para canalizar seu descontentamento.

---

[50] ROCHA, Felipe Borring. *op. cit.*

[51] No mesmo sentido, ROCHA, Felipe Borring. *op. cit.*

[52] *Op. cit.* pp. 34/48.

Desse modo, o ponto fulcral, segundo nosso entender, reside na *utilização responsável* do agravo regimental[53], e não a sua supressão, como optou o legislador através da lei federal nº 11.187/05.

Se a interposição incabível e indiscriminada do agravo regimental acarretou o assoberbamento do Tribunal, o mais adequado seria conter os abusos através da aplicação da multa por interposição de recurso manifestamente protelatório ou inadmissível (artigo 16, inciso VII e artigo 557, §2º do CPC), medida essa pouco utilizada pelos Desembargadores e que já era preconizada, mesmo antes da recente Reforma, por juristas do jaez de Cândido Rangel Dinamarco, conforme expusemos oportunamente.

Talvez com isso se lograsse reeducar as partes e advogados e, a médio prazo, fazer com que o agravo regimental fosse interposto somente nos casos em que a decisão do Relator fosse irrazoável ou contrária à lei ou à prova dos autos, sem o (elevado) custo de suprimir um recurso e involuir tecnicamente, elastecendo e comprometendo, inclusive, os contornos específicos do mandado de segurança.

11) Direito intertemporal:

A doutrina distingue o cabimento do recurso de seu processamento, no que tange à aplicação da lei nova[54]. Quanto ao cabimento, aplica-se o novo regime às decisões publicadas na vigência da nova lei[55], ou seja, caberá agravo retido como regra geral contra as decisões *publicadas* após 17/01/2006, a fim de preservar o que se denomina, doutrinariamente, "direito adquirido processual"[56].

De outra parte, quanto ao processamento, a lei nova atingirá o processo no exato momento processual em que se encontre, ou seja, terá aplicação imediata, alcançando o processo imediatamente. Assim sendo, disposições novas, como a possibilidade de o agravado

---

[53] Esse raciocínio também é válido em relação à utilização responsável do agravo de instrumento como verdadeira exceção à regra geral do regime retido de interposição do agravo. Entendemos que a melhor solução a ser adotada pelos julgadores não consiste na adoção de uma postura rígida e extremista contrária à admissão de agravos de instrumento, mas sim no exame apurado da efetiva presença dos requisitos autorizadores de sua interposição, tais como a ocorrência, *in status assertionis*, de lesão grave e de difícil reparação. Do contrário, estar-se-á suprimindo, daquele a que faz jus, o reexame imediato da questão jurídica controvertida, o que poderá significar a própria negativa da prestação jurisdicional, que, prestada a destempo, pode não ter mais nenhuma utilidade ao agravante.

[54] FÉRES, Marcelo Andrade. *op. cit.*

[55] Nesse sentido, a nosso ver, com razão, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os Agravos no CPC Brasileiro*. *op. cit.* pp. 620/621, nos seguintes termos: "Assim, se a lei nova passa a vigorar, tendo sido já prolatada a decisão, ainda em curso o prazo para a interposição do recurso, este deve ser interposto *no antigo regime.* O recurso segue o regime da lei vigente à época da prolação da decisão. (...) Dia da sentença seria, em princípio, quando de sentença se tratar, a data em que foi publicada a decisão, seja em audiência na presença das partes e/ou de seus advogados, ou em cartório, nas mãos do escrivão, ou pela imprensa oficial."

[56] Expressão utilizada por Galeno Lacerda em sua obra *O novo direito processual civil e os feitos pendentes*. Rio de Janeiro: Forense. 1974.

juntar documentos inéditos aos autos do agravo será possível desde já, inclusive nos agravos interpostos *anteriormente* à entrada em vigor da lei federal nº 11.187/05[57].

O jurista Marcelo Andrade Féres entende que o Relator deverá converter imediatamente em retido o agravo de instrumento em que não haja perigo de lesão grave, ainda que tenha sido interposto contra decisão proferida antes da entrada em vigor da nova lei, ao argumento de que a conversão em agravo retido concerne meramente ao *processamento* do recurso e não a seu cabimento.

Ousamos divergir do citado jurista, pois entendemos que o regime do agravo – ou seja, retido ou de instrumento - se refere sim ao *cabimento* do recurso, devendo, por isso, incidir a lei nova somente quanto às decisões publicadas após a sua entrada em vigor, a fim de preservar os valores de segurança e previsibilidade[58], primordiais no Estado Democrático de Direito.

12) Bibliografia

ALVIM, J. E. Carreira. *Novo Agravo.* 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

AMARAL, Guilherme Rizzo. *O Agravo de Instrumento na lei nº 11.187/05 e as recentes decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul: um alerta necessário.* Disponível em: www.abdpc.org.br. Consulta realizada em 10/04/2006.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil.* Vol. V. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Recurso Especial, Agravos e Agravo Interno.* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma da Reforma.* São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Nova era do Processo Civil.* São Paulo: Malheiros, 2003.

FÉRES, Marcelo Andrade. *Algumas Considerações sobre a Nova Sistemática legal do agravo contra decisões interlocutórias no Processo Civil Brasileiro (Modificações da Lei n. 11.187/05). In Revista Dialética de Direito Processual.* Vol. 37. São Paulo: Oliveira Rocha, 2006.

GUEDES, Jefferson Carús. *O Princípio da Oralidade.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal.* 8. ed. São Paulo: RT, 2004.

NORONHA, Carlos Silveira. *Do agravo de instrumento.* 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

[57] Em sentido contrário, entendendo que o processamento do recurso obedece à mesma regra de Direito Intertemporal de seu cabimento, ou seja, incide a lei vigente na data da publicação da sentença inclusive no que se refere ao processamento do recurso, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *op. cit*. pp.631/633.

[58] Teresa Arruda Alvim Wambier, na citada obra *Os Agravos no CPC Brasileiro* pp. 616/617, externa a mesma preocupação com tais valores, ao examinar o Direito Intertemporal.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *A Nova Sistemática do Cumprimento de Sentença: Reflexões sobre a lei nº 11.232/05. In Revista Dialética de Direito Processual*, vol. 37, São Paulo: Oliveira Rocha, 2006.

ROCHA, Felipe Borring. *Considerações iniciais sobre as últimas alterações no recurso de agravo.* Disponível em http://jus2.uol.com.br. Consulta realizada em 20/04/2006.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *O problema da recorribilidade das interlocutórias no Processo Civil Brasileiro.* Disponível em www.abpc.org.br. Consulta realizada em 20/03/2006.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (org.) *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis.* Vol. 10. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Os Agravos no CPC Brasileiro*. Vol. 2. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

X. REFLEXÕES SOBRE INSTRUMENTALIDADE, EFETIVIDADE E REFORMAS PROCESSUAIS

Mario Felippe de Lemos Gelli[1]

I. BREVE HISTÓRICO DA EVOLUÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL

Até o século XIX, o direito processual viveu o que se convencionou chamar de sua "fase sincrética". Ele era visto como simples meio de exercício de direitos, donde surgiu, para lhe designar, a tão criticada expressão direito adjetivo.

Naquela época, absolutamente não se reconhecia a autonomia da relação de direito processual frente à relação de direito material, tampouco, por conseqüência, a autonomia do direito processual como ciência. Como lembram ADA PELLEGRINI GRINOVER, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO e ANTÔNIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA, esse "*foi o longo período de* sincretismo*, que prevaleceu das origens até quando os alemães começaram a especular a natureza jurídica da ação no tempo moderno e acerca da própria natureza jurídica do processo*"[2].

Seguiu-se a esse tempo a chamada fase conceitual do direito processual, em que se apregoou o reconhecimento da não-identidade entre as relações de direito processual e as relações de direito material. A grande preocupação dos estudiosos da época foi a de, afastando-se o pensamento sincrético então prevalecente, afirmar a autonomia científica do direito processual. Veja-se o que, sobre o tema, escreveu CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO:

> "Foi esse *sincretismo* jurídico, caracterizado pela confusão entre os planos substancial e processual do ordenamento estatal, que no século XIX principiou a ruir. Primeiro, questionou-se o tradicional conceito civilista de ação e afirmou-se sua grande diferença, seja no plano conceitual ou funcional, em face da *actio* romana: ela não é (como esta) instituto do direito material, mas processual; não se dirige ao adversário, mas ao juiz; não tem por objeto o bem litigioso, mas a prestação jurisdicional. A celeuma provocada por essas afirmações revolucionárias (hoje, tão naturais aos olhos do jurista moderno), acabou gerando reações em cadeia, que chegaram até à plena consciência da *autonomia* não só da ação, mas dela e dos demais institutos processuais. **A primeira dessas repercussões foi a tomada de consciência para a autonomia da relação jurídica**

[1] Mestrando em Direito Processual na Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Advogado no Rio de Janeiro.

[2] Ada Pellegrini Grinover *et al.*, *Teoria Geral do Processo*, 23. ed., rev. e atual. até 15.2.2007. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 48.

> **processual, que se distingue da de direito substancial pelos seus sujeitos, seus pressupostos, seu objeto. Com a descoberta da autonomia da ação e do processo, institutos que tradicionalmente ocupavam com exclusividade a primeira linha das investigações dos processualistas, pôde ser proposta desde logo a renovação dos estudos de direito processual, surgindo ele como ciência em si mesma, dotada de objeto próprio e então esboçada a definição de seu próprio método.**"[3]

Com o passar do tempo, verificou-se que o grande desenvolvimento do direito processual nessa fase autonomista ou conceitual culminara na exacerbação dos institutos processuais em detrimento da própria finalidade do processo. Em outros termos, os estudiosos do ramo haviam concentrado seus esforços no exame dos respectivos institutos e conceitos fundamentais, deixando de lado a análise dos resultados concretos do processo na vida das pessoas.

Obviamente, estando bem delineadas e fixadas as bases da matéria, não mais fazia sentido ater-se às discussões dogmáticas acerca da autonomia do direito processual[4]. Cabia aos processualistas, pois, "voltar seus olhos para o exterior" e buscar os meios para tornar a prestação jurisdicional mais célere e efetiva, de forma a garantir o acesso dos cidadãos à Justiça. As palavras de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA ilustram muito bem o que ora se afirma:

> "O direito processual conta pouco mais de um século como disciplina jurídica de autonomia científica. Custou-lhe muito esforço edificar um sistema próprio de conceitos e princípios. Era natural que, ao longo de semelhante processo de amadurecimento, os maiores cuidados se dirigissem à construção de estruturas dogmáticas firmes. Tal prioridade refletia, aliás, o conceptualismo que reinava, quase absoluto, no ambiente jurídico da época. Manifestações dessa tendência são, por exemplo, as aturadas e por vezes acerbas polêmicas doutrinárias em torno da natureza da ação, da coisa julgada, do objeto do processo...
> O trabalho empreendido por espíritos agudíssimos levou a requintes de refinamento a técnica do direito processual e executou sobre fundações sólidas projetos

[3] Cândido Rangel Dinamarco, *A instrumentalidade do processo*, 11. ed., rev. e atual.. São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 18/19 – grifou-se.

[4] "*Insistir na autonomia do direito processual constitui, hoje, como que preocupar-se o físico com a demonstração da divisibilidade do átomo*" (Cândido Rangel Dinamarco, *A instrumentalidade do processo*, 11. ed., rev. e atual.. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 23)

> arquitetônicos de impressionante majestade. Nem sempre conjurou, todavia, o risco inerente a todo labor do gênero, o de deixar-se aprisionar na teia das abstrações e perder o contato com a realidade cotidiana. A fascinante sutileza de certas elaborações parecia ter contrapartida menos admirável no ocasional esquecimento de que nem tudo devia resumir-se num exercício intelectual realizado sob o signo da 'arte pela arte' – ou, se preferir, da 'ciência pela ciência'.
> Não há menoscabar os frutos de tão nobre fadiga. Sente-se, porém, a precisão de aplicar com maior eficácia à modelagem do real as ferramentas pacientemente temperadas e polidas pelo engenho dos estudiosos. **Noutras palavras: toma-se consciência cada vez mais clara da função instrumento do processo e da necessidade de fazê-lo desempenhar de maneira *efetiva* o papel que lhe toca**. Pois a melancólica verdade é que o extraordinário progresso científico de tantas décadas não pôde impedir que se fosse dramaticamente avolumando, a ponto de atingir níveis alarmantes, a insatisfação, por assim dizer universal, com o rendimento do mecanismo da justiça civil."[5]

Ganhava corpo, então, a hoje mundialmente conhecida concepção instrumental do direito processual, que, "*com repúdio ao seu exame exclusivamente pelo ângulo interno, constitui abertura do sistema para a infiltração dos valores tutelados na ordem político-constitucional e jurídico-material*"[6].

II. INSTRUMENTALIDADE E EFETIVIDADE DO PROCESSO

A instrumentalidade e a efetividade do processo ocupam a mente dos processualistas interessados na produção dos efeitos concretos da Justiça; estão no centro das discussões doutrinárias atuais[7] e servem de fundamentos às mais diversas decisões de nossos Tribunais. Dada sua relevância, é importante fixar-lhes os conceitos básicos.

---

[5] José Carlos Barbosa Moreira, "Tendências contemporâneas no direito processual civil", in *Temas de direito processual*: 3. série. São Paulo: Saraiva, 1984, pp. 2/3 – grifou-se.

[6] Cândido Rangel Dinamarco, *A instrumentalidade do processo*, 11. ed., rev. e atual.. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 381.

[7] Por oportuno, note-se que, apesar de a maioria da doutrina considerar a instrumentalidade do processo como importante fator para o desenvolvimento da ciência do direito processual, alguns autores questionam a relevância que se tem dado a tal conceito. Citem-se como exemplo as veementes e conhecidas críticas que contra ela faz José Joaquim Calmon de Passos ("Instrumentalidade do processo e devido processo legal", in *Revista de Processo*, ano 26, n. 102, abr-jun/2001, pp. 55-67), naquilo a que Cândido Rangel Dinamarco decidiu chamar de "*santa cruzada*".

A instrumentalidade do processo consiste, em síntese, no reconhecimento de que ele não é algo que se exaure em si mesmo ou apenas mera ferramenta de realização do direito material; deve, ao contrário, servir de instrumento ao acesso a uma ordem jurídica justa e efetiva. Veja-se a clássica lição de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO sobre o tema:

> "A *instrumentalidade do processo* é vista *pelo aspecto negativo e pelo positivo*. O negativo corresponde à negação do processo como valor em si mesmo e repúdio aos exageros processualísticos a que o aprimoramento da técnica pode insensivelmente conduzir (...). O aspecto positivo é caracterizado pela preocupação em extrair do processo, como instrumento, o máximo de proveito quanto à obtenção dos resultados propostos (os escopos do sistema); infunde-se com a problemática da 'efetividade do processo' e conduz à assertiva de que 'o processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sócio-político-jurídica, atingindo em toda a plenitude todos os seus escopos institucionais'(...)."[8]

Destaque-se que a instrumentalidade do processo não se confunde com a instrumentalidade das formas: "*a instrumentalidade do sistema processual constitui projeção a maior da instrumentalidade das formas e suporte metodológico para a sustentação desta e seu melhor entendimento*"[9]. Trata-se, assim, de duas idéias distintas, apesar de esta última (instrumentalidade das formas) se aproximar do "aspecto negativo" da primeira (instrumentalidade do processo), já que tem a "*função de advertir para as limitações funcionais das formas*"[10]. Como bem definiu JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, "*o princípio da instrumentalidade das formas constitui um valioso método de análise interna do procedimento. Representa ele aquilo que, de um ângulo externo, pretende-se exteriorizar com a expressão* instrumentalidade do processo"[11].

Por outro lado, afirmar-se que o processo deve ser efetivo significa dizer, na clássica lição *chiovendiana*, que por meio dele a parte deve poder obter, com o menor sacrifício e o mais rapidamente possível, tudo aquilo a que faz jus[12]. Em lição que se tornou clássica, JOSÉ

---

[8] Cândido Rangel Dinamarco, *A instrumentalidade do processo*, 11. ed., rev. e atual.. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 390.

[9] Idem, p. 329.

[10] Idem, p. 325.

[11] José Roberto dos Santos Bedaque, "Nulidade processual e instrumentalidade do processo", in *Revista de Processo*, ano 15, n. 60, out-dez/1990, p. 32.

[12] Na nova sistematização da Teoria Geral do Processo que propõe, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, ao conceituar o que chama de princípio da utilidade, o identifica com a idéia de efetividade do processo: "*3.1. Significado – É fundamental que o processo possa assegurar ao vencedor tudo aquilo que ele tem direito a receber, da forma mais rápida e proveitosa possível, com menor sacrifício para o vencido. A jurisdição ideal seria aquela que pudesse, no momento mesmo da violação, conceder, a quem tem razão, o direito material*" (Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, *Acesso à justiça*: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo, 2. ed., rev. e atual.. Rio de Janeiro, Forense, 2000, p. 79).

CARLOS BARBOSA MOREIRA traçou uma espécie de "programa básico" da efetividade do processo:

> "Digladiam-se as doutrinas; mas, para fins práticos, talvez seja possível enunciar algumas proposições em que todos (ou quase todos) se inclinarão a convir, sempre que se queira fixar os requisitos básicos que o processo há de buscar satisfazer, para merecer a qualificação de 'efetivo'. Elas configuram, por assim dizer, a problemática essencial da 'efetividade', que – sem esquecer quanto existe de subjetivo, quiçá de arbitrário, em qualquer escolha – ousaríamos resumir nos seguintes pontos:
> *a*) o processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados, na medida do possível, a todos os direitos (e outras posições jurídicas de vantagem) contemplados no ordenamento, quer resultem de expressa previsão normativa, quer se possam inferir do sistema;
> *b*) esses instrumentos devem ser praticamente utilizáveis, ao menos em princípio, sejam quais forem os supostos titulares dos direitos (e das outras posições jurídicas de vantagem) de cuja preservação ou reintegração se cogita, inclusive quando indeterminado ou indeterminável o círculo dos eventuais sujeitos;
> *c*) impende assegurar condições propícias à exata e completa reconstituição dos fatos relevantes, a fim de que o convencimento do julgador corresponda, tanto quanto puder, à realidade;
> *d*) em toda a extensão da possibilidade prática, o resultado do processo há de ser tal que assegure à parte vitoriosa o gozo pleno da específica utilidade a que faz jus segundo o ordenamento;
> *e*) cumpre que se possa atingir semelhante resultado com o mínimo dispêndio de tempo e energias."[13]

A instrumentalidade e a efetividade do processo têm servido de verdadeira força-motriz às reformas processuais implementadas no ordenamento jurídico brasileiro.

Na década de 80, influenciado por tais conceitos, o legislador promoveu a criação dos chamados juizados de pequenas causas (Lei nº 7.244/1984), instituiu a ação civil pública (Lei nº 7.347/1985) e, na Constituição Federal de 1988, destinou ao direito processual espaço que nunca dantes lhe havia sido concedido em diplomas nacionais de tal natureza.

[13] José Carlos Barbosa Moreira, "Notas sobre o problema da efetividade do processo", in *Temas de direito processual*: 3. série. São Paulo: Saraiva, 1984, pp. 27/28.

Também na década de 90 a instrumentalidade e a efetividade foram bandeiras de importantes transformações legislativas que buscaram tornar o processo mais apto e eficaz para permitir o verdadeiro acesso à Justiça: criaram-se o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990); o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990); a chamada "Lei da arbitragem" (Lei nº 9.307/1996); a Lei dos juizados especiais cíveis e dos juizados especiais criminais (Lei nº 9.099/1995); e iniciou-se a primeira fase da grande reforma por que tem passado o Código de Processo Civil.

Já neste século, os conceitos de instrumentalidade e de efetividade tomaram as vestes de celeridade: esta foi erigida ao nível de princípio constitucional (artigo 5º, inciso LXXVIII) e serviu de fundamento a uma série de outras modificações legislativas. Exemplos disso são: (i) a Lei por meio da qual se modificou a sistemática dos agravos (Lei nº 11.187/2005); (ii) as Leis que instituíram novas regras para as execuções de títulos judiciais e de títulos extrajudiciais (Leis nºs 11.232/2005 e 11.382/2006, respectivamente); (iii) as Leis que criaram as chamadas "súmulas impeditivas de recursos" e a "sentença liminar de improcedência" (Leis nºs 11.276/2006 e 11.277/2006, respectivamente); (iv) a Lei que regulamentou as "súmulas vinculantes" (Lei nº 11.417/2006); (v) a Lei que instituiu o requisito da "repercussão geral" para a admissão de recursos extraordinários (Lei nº 11.418/2006); e (vi) a Lei que dispôs sobre a informatização dos processos judiciais (Lei nº 11.419/2006).

III. ALGUMAS CONSIDERAÇÕES RELEVANTES SOBRE A EFETIVIDADE DO PROCESSO

O discurso em favor da efetividade – e, assim, em favor da instrumentalidade em seu aspecto positivo, isto é, aquele que da efetividade mais se aproxima – será sempre nobre e aceito pela esmagadora maioria da comunidade jurídica. Mas é extremamente necessário que se esteja sempre atento para garantir que tal discurso realmente sirva à busca pelo efetivo acesso à Justiça, e daí não se desvirtue[14].

Primeiramente, deve-se ter consciência de que a efetividade não pode ser encarada como valor absoluto. Há de ser ponderada no caso concreto com outros princípios de igual relevância, prevalecendo em determinadas hipóteses, mas cedendo em outras tantas, principalmente quando confrontada com princípios atinentes à qualidade da prestação jurisdicional. Afinal, como se diz popularmente, "nada em excesso é bom".

É nesse sentido a precisa lição de CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA:

> "**A nosso entender, 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**. Justiça no processo significa exercício da função jurisdicional de conformidade com os valores e princípios normativos conformadores do processo justo em determinada sociedade (imparcialidade e

[14] O encadeamento de idéias realizado daqui em diante segue parcialmente, em forma e conteúdo, os ensinamentos de José Carlos Barbosa Moreira ("Efetividade do processo e técnica processual", in *Temas de direito processual*: 6. série. São Paulo: Saraiva, 1997, pp. 17-29).

> independência do órgão judicial, contraditório, ampla defesa, igualdade formal e material das partes, juiz natural, motivação, publicidade das audiências, término do processo em prazo razoável, direito à prova). Por isso, a racionalidade do direito processual não há de ser a racionalidade tecnológica-estratégia, mas a orientada por uma validade normativa que a fundamente e ao mesmo tempo fundamentada pelo discurso racional do juízo, de modo a que a sociedade possa controlar tanto a correção material da decisão quanto a concordância dogmática da decisão. Não desconheço, é claro, que o próprio valor justiça, espelhando a finalidade jurídica do processo, encontra-se intimamente relacionado com a atuação concreta e eficiente do direito material, entendido em sentido amplo como todas as situações subjetivas de vantagem conferidas pela ordem jurídica aos sujeitos de direito. Por isso mesmo, o acesso à justiça, elevado ao patamar de garantia constitucional na tradição jurídica brasileira, deve certamente compreender uma proteção juridicamente eficaz e temporalmente adequada. **O que ponho em questão é a eficiência como fim, sem temperamentos, como meta absoluta, desatenta a outros valores e princípios normativos. O ponto é importante porque esses ditames axiológicos, além de se afinarem mais com a visão de um Estado democrático e participativo, poderão não só contribuir para a justiça da decisão como até para a própria efetividade**."[15]

Em segundo lugar, a efetividade não pode servir de argumento para se estender demasiadamente o processo na busca da reconstrução da verdade histórica dos fatos, necessária à correta prestação jurisdicional. Como ressalta JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, "*nem o valor* celeridade *deve primar, pura e simplesmente, sobre o valor* verdade*, nem este sobrepor-se, em quaisquer circunstâncias, àquele*"[16]. Relembre-se, nesse ponto, que o princípio da celeridade está agora expressamente reconhecido na Constituição Federal, de modo que se impõe sua observância na busca da solução para cada caso concreto.

O terceiro risco "*a que está sujeito o pensamento ordenado à efetividade do processo*"[17] é o de se considerar que a boa técnica e a efetividade processual seriam incompatíveis entre si, de modo que a primeira deveria ser desprezada em prol da segunda.

---

[15] Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, "Efetividade e processo de conhecimento", in *Revista de Processo*, ano 24, n. 96, out-dez/1999, pp. 60/61 – grifou-se.

[16] José Carlos Barbosa Moreira, "Efetividade do processo e técnica processual", in *Temas de direito processual*: 6. série. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 22.

[17] Idem, p. 21.

De fato, é comum se ouvir falar – não só de leigos, mas também de letrados –que alguns dos grandes problemas do direito processual são causados pelo pensamento eminentemente técnico que sempre dominou o desenvolvimento de tal ramo do conhecimento (principalmente a partir de seu reconhecimento como ciência autônoma) e que acabaria constituindo obstáculo à realização da Justiça.

Mas, na maioria das vezes, não se percebe que não é a técnica propriamente dita a responsável pelos problemas, nem se nota que a falta dela pode trazer ao dia-a-dia dos processos outros percalços ainda mais graves.

De fato, "*nenhuma ciência ou arte prescinde de uma técnica própria e não se concebe que o direito processual constitua aqui exceção. A técnica fornece a mediação necessária entre a inspiração e a execução*"[18]. E o respeito à técnica no curso do processo é fundamental, já que, como lembra JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE "*a existência de um modelo legal de procedimento a ser seguido, constitui garantia para as partes, pois não se pode admitir que o Estado realize a atividade jurisdicional arbitrariamente*"[19].

O uso da boa técnica processual como importante elemento na busca pelo acesso à Justiça é também defendido por CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO. Para ele, a técnica processual é a predisposição ordenada de meios que se destinam à realização dos escopos processuais (jurídicos, sociais e políticos). Veja-se o que escreveu sobre a função da técnica processual:

> "Nesse quadro de valores a preservar, cumpre à técnica processual (praticada pelo legislador e intérpretes) o delicado lavor do equilíbrio, na busca empírica de soluções capazes de assegurar a integridade da missão social, sem o risco de distorções jurídicas intoleráveis –, mesmo porque a própria função social de pacificar *com justiça* corre sério risco quando são abandonados os parâmetros depositados no direito substancial. Ao estabelecer o desejado modelo de equilíbrio entre a celeridade e a ponderada cognição como virtudes internas do processo, legislador e intérprete hão de estar conscientes do risco que correm ao se afastarem dos critérios de certeza e passarem a confiar na probabilidade suficiente, como metro para as soluções processuais."[20]

[18] José Carlos Barbosa Moreira, "O processo civil hoje: um congresso da Associação Internacional de Direito Processual'", in *Temas de direito processual*: 5. série. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 237.

[19] José Roberto dos Santos Bedaque, "Nulidade processual e instrumentalidade do processo", in *Revista de Processo*, ano 15, n. 60, out-dez/1990, p. 34.

[20] Cândido Rangel Dinamarco, *A instrumentalidade do processo*, 11. ed., rev. e atual.. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 279.

A técnica processual deve, pois, ser encarada como um instrumento legítimo[21], que, longe de ser um empecilho à consecução dos fins da Justiça, "*aplana, quando corretamente manejada, o caminho para aquela meta*"[22].

Dessa forma, o que se deve querer não é que a Justiça deixe de lado a técnica, mas sim que a técnica funcione melhor. Por outro lado, deve-se evitar a qualquer custo o tecnicismo exacerbado.

Esse confronto não passou ao largo da precisa análise de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA:

> "**O tecnicismo exagerado, aprendemos à custa de muitos erros, esteriliza o Direito; o desprezo da técnica o reduz a uma caricatura barata. Tolerar que o Direito seja tratado atecnicamente é abrir porta ao diletantismo frívolo, quando não mais ao desbragado charlatanismo**. Sabemos todos em que excessos de aviltamento caíram, vítimas da sem-cerimônia de amadores despreparados, alguns setores da ciência jurídica mais acessíveis a esse gênero de impostura."[23]

Em resumo, como diz o referido autor, "*o que acima de tudo importa é denunciar a falsa idéia da oposição entre o empenho de efetividade e a convivência com a boa técnica*"[24], na medida em que "*a técnica bem aplicada pode constituir instrumento precioso a serviço da própria efetividade*"[25]. Por isso é que ele sugere que, "*quando porventura nos pareça que a solução técnica de um problema elimina ou reduz a efetividade do processo, desconfiemos, primeiramente, de nós mesmos*"[26].

IV. CONCLUSÃO: ESTAMOS NO CAMINHO CERTO?

Já se viu acima que, ao longo dos últimos anos, o sistema processual brasileiro sofreu modificações de proporções historicamente inéditas. Alteraram-se significativamente as

---

[21] "***Como se vê, a técnica processual não tem valor em si mesma, pois somente pode ser analisada diante das necessidades do direito material, ou seja, das várias tutelas dos direitos***. (...) *Acontece que essa maneira de pensar o direito processual civil somente adquire relevância quando é ressaltado o significado dos direitos fundamentais processuais, especialmente o teor do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva,* que deve ser visto como um 'elo de ligação' entre o direito material e o processo. *Entretanto, esse 'elo de ligação' é também um 'elemento de legitimação', na medida em que* ***a técnica processual somente pode ser considerada legítima, perante tal direito fundamental, quando capaz de dar ao juiz o poder de prestar tutela jurisdicional efetiva***." (Luiz Guilherme Marinoni, *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 34 – grifou-se).

[22] José Carlos Barbosa Moreira, "A Justiça no limiar de novo século", in *Temas de direito processual*: 5. série. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 26.

[23] José Carlos Barbosa Moreira, "O transitório e o permanente no Direito", in *Temas de direito processual*: 5. série. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 227 – grifou-se.

[24] José Carlos Barbosa Moreira, "Efetividade do processo e técnica processual", in *Temas de direito processual*: 6. série. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 28.

[25] Idem, p. 28.

[26] Idem, p. 28.

sistemáticas dos recursos, das execuções judiciais, enfim, o funcionamento do próprio processo como um todo.

Mas uma pergunta precisa ser feita: tais modificações realmente tornarão a Justiça mais rápida e efetiva, produzindo efeitos concretos e benéficos na vida dos cidadãos?

Não se está aqui a discutir os méritos ou deméritos das reformas legislativas recentemente implementadas. Eventual análise com esse objetivo demandaria trabalho extenso de especialistas e que deveria ser fundado em estatísticas confiáveis a respeito do funcionamento detalhado de todas as esferas do Poder Judiciário.

Somente com base em tais dados é que seria viável identificar quais são os verdadeiros "gargalos" que impedem o pleno e ideal funcionamento dos processos judiciais. Mas, infelizmente, como tem destacado JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, a elaboração de estatísticas sérias é, em regra[27], trabalho que não atrai a comunidade jurídica brasileira:

> "Antes de mais nada, cumpre salientar a absoluta irrelevância daquilo a que se pode chamar a 'exemplificação anedótica'. Quase sempre, quando se traz o assunto à balha, alguém supõe contribuir valiosamente para o debate citando determinado caso em que pessoa da família, ou do grupo de amigos, se viu envolta em pleito de longa duração: 'Minha tia é parte num processo que se arrasta há mais de vinte anos'. Deveria ser desnecessário sublinhar que comentários desse tipo em nada contribuem para o equacionamento correto do problema. **Não precisamos de exemplos acidentais; precisamos, sim, de dados estatísticos colhidos e tratados com boa técnica. A estatística, todos sabemos, lida com grandes números; quando se despreza tal princípio, chega-se a conclusões tão risíveis como seria tachar de criminosos 100% da população estrangeira de certa cidade, porque o único estrangeiro nela residente cometeu um delito... No Brasil não tem havido interesse na elaboração de estatísticas sobre duração de processo. Nenhum elemento fornece a tal respeito o Banco Nacional de Dados do Poder Judiciário, acessível no sítio do Supremo Tribunal Federal da internet**. Não chegou a ser implementada uma resolução do então Presidente da Corte, de março de 2004, segundo a qual seriam ali

[27] Conhecidas exceções à regra são: (i) o trabalho de pesquisa desenvolvido sob a coordenação de Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, que serviu de base à elaboração do livro "*Acesso à justiça*: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo"; e (ii) uma antiga pesquisa realizada no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro a respeito do tempo que se estava empregando no processamento das causas de direito ordinário ou sumaríssimo, referida por José Carlos Barbosa Moreira no artigo "A Justiça no limiar de novo século", in *Temas de direito processual*: 5. série. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 26.

> obrigatoriamente incluídos os chamados 'indicadores judiciários', entre os quais o 'tempo médio para o julgamento final na instância' e o 'tempo médio da data do julgamento até a publicação da sentença ou do acórdão'. Há meses, realizou-se pesquisa sobre o panorama judicial brasileiro, sob o sugestivo título 'A Justiça em números'; os relatórios dela oriundos continham dados sobre diferentes tópicos, como o número de feitos, não porém sobre a respectiva duração."[28]

Parece-nos, contudo, que, diante de tantas novidades, é chegado o momento de se fazer uma atenta ponderação sobre o futuro de nosso ordenamento. Não que as reformas não tenham sido importantes, mas, quem sabe, as que até agora foram realizadas já sejam suficientes para causar uma revolução em nosso sistema.

É preciso que tais reformas possam produzir seus efeitos e que, com base nestes, a comunidade jurídica possa avaliar, em termos concretos, o panorama que se afigura, inclusive comparando-o com os sistemas estrangeiros, o que é de extrema importância no direito processual[29].

Motiva-nos a fazer tal afirmação a constatação de que nada adiantará criar outras tantas Leis e modificar o funcionamento dos institutos, se aqueles que já existem – e mesmo os mais novos – não forem utilizados da maneira mais produtiva possível. E vários são os exemplos que servem para ilustrar o que ora se diz.

Pense-se no considerável número de processos que poderiam ser decididos de forma mais célere e efetiva se os juízes aplicassem o artigo 331, § 2º, do Código de Processo Civil e realmente fixassem os pontos controvertidos a respeito dos quais deveriam ser produzidas provas? Com isso, certamente seriam evitados muitos depoimentos inúteis e diligências probatórias protelatórias...

Considerem-se ainda as inúmeras decisões que contêm manifestos vícios que poderiam ser sanados se fosse adotada uma disciplina mais rígida na análise dos embargos de declaração – cabendo aos juízes sempre apreciá-los, mas acolhendo-os quando cabíveis e rejeitando-os energicamente quando manifestamente protelatórios.

---

[28] José Carlos Barbosa Moreira, "O problema da duração dos processos: premissas para uma discussão séria", in *Temas de direito processual*: 9. série. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 367/368 – grifou-se.

[29] "*It is difficult, quite frankly, if not impossible, that good reforms can be made without an adequate knowledge of the way other legislations have faced and solved the same kind of problems we have, the problems of an administration of justice whose goal must be the guaranteeing an effective protection of rights, a speedy solution of the controversies, the adequacy of the procedural model to the peculiar features of the various categories of controversies. It is indeed essential to look at the evolution of the civil justice system in other countries, and understand what is happening in contemporary societies, what are the direction which are being pursued, what are the trends to share, or warn against solutions which appear to be risky, hasty or outdated.*" (Nicolò Trocker e Vincenzo Varano, "Opening remarks". In: Nicolò Trocker e Vincenzo Varano (coord.), *The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective*: An International Conference dedicated to Mauro Cappelletti: Florence, 12-13 December, 2003. Torino: G. Giappichelli Editore, 2005, p. 4).

Somem-se a essas várias outras demonstrações de mau uso dos instrumentos processuais que não serão aqui referidas especificamente, mas que são citadas na doutrina[30], tais como a deficiência na aplicação dos dispositivos concernentes ao indeferimento da petição inicial e à extinção do processo e as incertezas sobre as regras de competência.

A corroborar o que ora se sustenta, cabe transcrever trecho de oportuna lição de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, em que se denunciam os equívocos normalmente cometidos na análise da problemática atinente à duração dos processos:

> "5. Quarto equívoco: **A chave para abreviar a duração dos processos consiste exclusivamente, ou principalmente, em mudanças na legislação processual. Semelhante ilusão responde pela espantosa catadupa de reformas legislativas, no Brasil e noutros paises, ao longo dos últimos tempos, com resultados às vezes melancolicamente decepcionantes**. É certo que o malogro de muitas tentativas pode decorrer, ao menos em parte, de causas variáveis e acidentais: equívoco na identificação dos tópicos mais relevantes (conseqüência lógica da já apontada falta de dados estatísticos), qualidade tecnicamente ruim da legislação editada, insuficiente utilização, pelos órgãos judiciais, de instrumentos colocados à sua disposição, e assim por diante. **Nunca será demais insistir, contudo, em que é enganosa a idéia mesma de uma solução satisfatória por via legislativa**.
> (...)
> Do que ficou dito não se infere, é claro, que toda e qualquer mudança na legislação seja irrelevante ou, pior, contraproducente. **Infere-se, apenas, que devemos estar prevenidos contra a tentação de jogar todas as nossas fichas nessa aposta.**"[31]

Um resultado mais efetivo e justo poderia ser também alcançado se os participantes do processo (notadamente juízes, partes e advogados) repensassem o importante papel que nele desempenham, reconhecendo que devem atuar em colaboração e que, assim, o juiz não deve assumir uma posição de supremacia absoluta em relação aos demais[32].

---

[30] José Carlos Barbosa Moreira, "Efetividade do processo e técnica processual", in *Temas de direito processual*: 6. série. São Paulo: Saraiva, 1997, pp. 17-29.

[31] José Carlos Barbosa Moreira, "O problema da duração dos processos: premissas para uma discussão séria", in *Temas de direito processual*: 9. série. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 373/375 – grifou-se.

[32] Esse é um dos aspectos que se destacam na interessante e atual polêmica que existe sobre a concepção (publicística ou privatística) que se deve ter do processo. A respeito do tema, veja-se interessante obra recentemente publicada na Espanha sob a coordenação de Juan Montero Aroca (*Proceso civil e ideologia*: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2006).

Nos dias de hoje, em que são fenômenos notórios a massificação dos conflitos e a busca por uma tutela jurisdicional mais efetiva, essa colaboração entre juízes, partes e seus advogados pode ser determinante para a concretização do objetivo maior da jurisdição: a solução dos conflitos, mediante a prolação de uma decisão que encontre legitimidade perante a sociedade[33].

É fundamental que se busque o juiz democrático de que nos fala LEONARDO GRECO[34], que é aquele que dialoga de igual para igual com partes e seus advogados. É o juiz que, no campo probatório, por exemplo, atua de forma assistencial e supletiva, respeitando a iniciativa das partes, mas assumindo uma posição de ingerência quando isto se fizer necessário para garantir a paridade de armas[35] e assegurar a reconstrução da verdade histórica.

Acreditamos, assim, que o momento atual seja de reflexão: talvez os primeiros passos para a resolução dos problemas da tão falada "crise do Judiciário" já tenham sido dados e algumas das potenciais saídas estejam agora sob os nossos olhos, nos instrumentos do Código de Processo Civil e da legislação processual esparsa; talvez precisemos acompanhar agora a eficácia prática (benéfica ou maléfica) das recentes reformas para, com mais facilidade, encontrar os meios corretos de entrega da prestação jurisdicional efetiva e justa.

---

[33] "*O Brasil está sendo renovado. Existe uma ânsia incontida por posturas mais éticas em todos os setores. O Judiciário não atravessará incólume essa crise, expressão cuja origem grega tem também o significado de passagem. A tradição merece respeito. Mas o arcaísmo preservador de privilégios em breve não terá lugar em qualquer instituição, menos ainda no Judiciário, poder que existe para realizar o ideal de Justiça. Prenuncia-se, portanto, uma renovação de costumes e um resgate de valores esquecidos. No empenho de assegurar conquistas menores, corre-se o risco de esquecer o fundamental: a Justiça humana existe como* serviço público *e está preordenada a* servir o povo. ***O juiz do futuro precisa ser o profissional da harmonização. Sem desconhecer a* luta pelo direito*, dele se espera seja sensível, capaz de condoer-se da sorte de seu semelhante, e, portanto, consciente das conseqüências concretas de sua decisão. Juiz interessado mais em solucionar os litígios do que em mostrar erudição. Empenhado em propiciar a autocomposição, sem pruridos para encaminhar uma saudável conciliação e menos preocupado em* dizer a lei**." (José Renato Nalini, "A formação do juiz brasileiro". In: José Renato Nalini (coord.), *Formação jurídica*: 2. ed., rev. e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, pp. 147/148 – grifou-se)

[34] "*Ao juiz inerte, como tradicionalmente no* adversarial system*, e ao juiz autoritário e inquisidor, o* Führer *do processo, deve opor-se o juiz democrático, que respeita a liberdade das partes na iniciativa probatória na medida em que elas se presumem encontrar-se na posição ideal para avaliar a relevância e utilidade de cada prova em relação à sua versão dos fatos. Mas o juiz democrático é aquele que, através da maiêutica, consegue estabelecer um diálogo humano com as partes, que permite que estas efetivamente acompanhem o desenvolvimento da formação da sua convicção e assim possam propor e produzir provas úteis e relevantes, e que somente intervém subsidiariamente na proposição de provas por elas não requeridas, quando se fizer necessário, para assegurar a paridade de armas, suprir a dificuldade em que uma delas se encontre no exercício dos seus meios de defesa, em razão da inferioridade no acesso a esses meios em relação à outra, ou em razão da desídia ou inércia do seu advogado ou até mesmo da impossibilidade de descobrir que provas poderiam vir a gerar a convicção do juiz. Essa iniciativa subsidiária faz-se necessária também para assegurar a consistência da reconstrução da verdade histórica, muitas vezes insuficientemente fundamentada nas provas produzidas pelas partes.*" (Leonardo Greco, "A Prova no Processo Civil: Do Código de 1973 ao Novo Código Civil". In: Hélio Rubens Batista Ribeiro Costa, José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro e Pedro da Silva Dinamarco (coord.), *Linhas Mestras do Processo Civil*: Comemoração dos 30 anos de vigência do CPC. São Paulo: Atlas, 2004, p. 404)

[35] "*As partes devem ser tratadas com igualdade, de tal modo que desfrutem concretamente das mesmas oportunidades de sucesso final, em face das circunstâncias da causa. Para assegurar a efetiva paridade de armas o juiz deve suprir, em caráter assistencial, as deficiências defensivas de uma parte que a coloquem em posição de inferioridade em relação à outra, para que ambas concretamente se apresentem nas mesmas condições de acesso à tutela jurisdicional de seus interesses.*" (Leonardo Greco, "Garantias fundamentais do processo: o processo justo". In: *Estudos de direito processual*. Campos dos Goytacazes: Editora da Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 241)

A utilização otimizada dos institutos processuais existentes (tanto daqueles mais antigos, quanto dos cunhados pelas recentes reformas) deve ser considerada como uma das mais importantes facetas da efetividade do processo nos dias de hoje. Tal conotação já havia sido inclusive identificada por PAULO CEZAR PINHEIRO CARNEIRO como componente do que denominou de princípio da operosidade:

> "**Esse princípio significa que as pessoas, quaisquer que sejam elas, que participam direta ou indiretamente da atividade judicial ou extrajudicial, devem atuar da forma mais produtiva e laboriosa possível para assegurar o efetivo acesso à justiça**.
> Assim, para atender aos fins preconizados neste trabalho e que garantem, na prática, tal acesso, **é indispensável:** a) atuação ética de todos quantos participem da atividade judicial ou extrajudicial; b) **utilização dos instrumentos e dos institutos processuais de forma a obter a melhor produtividade possível, ou seja, utilização da técnica a serviço dos fins idealizados**."[36]

Repita-se que as críticas feitas acima não são destrutivas, mas sim construtivas. Não se pretende aqui questionar o mérito ou o demérito das recentes reformas; muito ao contrário, a intenção é apenas a de polemizar e de sugerir reflexão em torno dos rumos que o ordenamento jurídico brasileiro está tomando. Modernizaram-se as leis; quiçá seja agora o momento de modernizar-se o pensamento dos juristas com relação a temas essenciais do direito processual.

Essa reflexão é importante para que, no futuro, não haja outras decepções com o resultado das reformas; ou, porventura, para que possamos tentar constatar se estamos no caminho certo e, assim, tentar responder a anseios de vozes respeitadas como a de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, que já manifestou sua inquietude com relação ao tema:

> "Estou convencido de que, de vez em quando, o processualista deve deixar de lado a lupa com que perscruta os refolhos de seus pergaminhos e lançar à sua volta um olhar desanuviado. O que se passa cá fora, na vida da comunidade, importa incomparavelmente mais do que aquilo que lhe pode proporcionar a visão de especialista. **E, afinal de contas, todo o labor realizado no gabinete, por profundo que seja, pouco valerá se nenhuma repercussão externa vier a ter. Perdoem o chavão adaptado: o processo existe para a sociedade, e não a sociedade para o processo**."[37]

---

[36] Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, *Acesso à justiça*: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo, 2. ed., rev. e atual.. Rio de Janeiro, Forense, 2000, p. 63 – grifou-se.

[37] José Carlos Barbosa Moreira, "O juiz e a cultura da transgressão", in *Temas de direito processual*: 7. série. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 260 – grifou-se.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AROCA, Juan Montero (coord.), *Proceso civil e ideologia*: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2006;

BARBOSA MOREIRA, José Carlos, "A Justiça no limiar de novo século", in *Temas de direito processual*: 5. série. São Paulo: Saraiva, 1994, pp. 25-37;

_____, "Efetividade do processo e técnica processual", in *Temas de direito processual*: 6. série. São Paulo: Saraiva, 1997, pp. 17-29;

_____, "O juiz e a cultura da transgressão", in *Temas de direito processual*: 7. série. São Paulo: Saraiva, 2001, 251-261;

_____, "O problema da duração dos processos: premissas para uma discussão séria", in *Temas de direito processual*: 9. série. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 367-377;

_____, "O processo civil hoje: um congresso da Associação Internacional de Direito Processual'", in *Temas de direito processual*: 5. série. São Paulo: Saraiva, 1994, pp. 233-249;

_____, "O transitório e o permanente no Direito", in *Temas de direito processual*: 5. série. São Paulo: Saraiva, 1994, pp. 225-231;

_____, "Tendências contemporâneas no direito processual civil", in *Temas de direito processual*: 3. série. São Paulo: Saraiva, 1984, pp. 1-13;

BEDAQUE, José Roberto dos Santos, "Nulidade processual e instrumentalidade do processo", in *Revista de Processo*, ano 15, n. 60, out-dez/1990, pp. 31-43;

CALMON DE PASSOS, José Joaquim, "Instrumentalidade do processo e devido processo legal", in *Revista de Processo*, ano 26, n. 102, abr-jun/2001, pp. 55-67;

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro, *Acesso à justiça*: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo, 2. ed., rev. e atual.. Rio de Janeiro, Forense, 2000;

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, **GRINOVER**, Ada Pellegrini e **DINAMARCO**, Cândido Rangel, *Teoria Geral do Processo*, 23. ed., rev. e atual. até 15.2.2007. São Paulo: Malheiros, 2007;

DINAMARCO, Cândido Rangel, *A instrumentalidade do processo*, 11. ed.. São Paulo: Malheiros, 2003;

GRECO, Leonardo, "A Prova no Processo Civil: Do Código de 1973 ao Novo Código Civil". In: Hélio Rubens Batista Ribeiro Costa, José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro e Pedro da Silva Dinamarco (coord.), *Linhas Mestras do Processo Civil*: Comemoração dos 30 anos de vigência do CPC. São Paulo: Atlas, 2004, pp. 397-422;

_____, "Garantias fundamentais do processo: o processo justo". In: *Estudos de direito processual*. Campos dos Goytacazes: Editora da Faculdade de Direito de Campos, 2005, pp. 225-286;

MARINONI, Luiz Guilherme, *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004;

NALINI, José Renato, "A formação do juiz brasileiro". In: José Renato Nalini (coord.), *Formação jurídica*: 2. ed., rev. e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, pp. 132/148;

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de, "Efetividade e processo de conhecimento", in *Revista de Processo*, ano 24, n. 96, out-dez/1999, pp. 59-69;

TROCKER, Nicolò e **VARANO**, Vincenzo, "Opening remarks". In: Nicolò Trocker e Vincenzo Varano (coord.), *The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective*: An International Conference dedicated to Mauro Cappelletti: Florence, 12-13 December, 2003. Torino: G. Giappichelli Editore, 2005, pp. 1-5.

XI. O PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE E O PAPEL DO RELATOR NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Henrique Guelber de Mendonça[1]

Introdução

O presente estudo se dedicará ao princípio da colegialidade no sistema recursal brasileiro, bem como buscará delinear as atribuições conferidas ao relator pelo Código de Processo Civil de 1973 e suas respectivas leis modificadoras. O primeiro ponto sobre o qual debruçaremos será o da identificação de onde emana o princípio da colegialidade no ordenamento jurídico nacional. Qual o respaldo para que se afirme sê-lo um princípio. Será ele um princípio de nível constitucional?

Por outro lado, arraigado no estudo da colegialidade, será importante identificar o perfil do relator criado pelo Código de 1973 e qual está a ser criado pelas reformas que inundaram o Direito Processual Civil brasileiro, mormente a partir do ano de 2005. As decisões tomadas pelo relator não combinam com a irrecorribilidade. Não é legítimo, muito menos constitucional, varrer o agravo regimental para debaixo dos tapetes. A tendência das últimas reformas processuais, que, a pretexto da prestação jurisdicional tempestiva, atribui cada vez mais poderes nas mãos dos relatores, há de ser encarada com cuidados.

A busca desenfreada pela diminuição do prazo de resposta do Judiciário ao jurisdicionado não deverá atentar contra garantias individuais e estruturais que informam um processo justo. É de inestimável importância assegurar aos jurisdicionados garantias mínimas. Se não se pode afirmar que toda e qualquer prestação jurisdicional solucionará o impasse da melhor forma possível, é viável e indeclinável o dever do Estado de assegurar aos cidadãos todos os meios necessários ao exercício amplo de seus direitos processuais.

Não há nenhuma relação saudável possível de ser estabelecida entre se abreviar o processo e se reduzir garantias, ou, como muitos intentam, reduzir as possibilidades de recurso. Somos da opinião de que o que deve ser alterado é o sistema recursal, ainda impregnado com um formalismo inexplicável e desarrazoado. Nessa reformulação do sistema recursal, não havendo como não adjetivá-lo de complexo e, atualmente, lento, deverão constar igualmente soluções para um crônico problema de gestão dos Tribunais brasileiros, sobretudo devido ao aumento vertiginoso do número de demandas propostas.

Não logrará êxito levar adiante outra reforma no CPC sem que as causas do problema estejam propriamente identificadas. Não basta uma reforma legislativa que se fulcre em um mundo distante daquele vivenciado por jurisdicionados e profissionais da área nos corredores dos fóruns. O cuidado ao se importar determinado instituto jurídico estrangeiro deve ser redobrado. As idiossincrasias de cada país hão de ser respeitadas e avaliadas quando da abertura das portas do palco jurídico nacional para recebermos inovações jurídicas.

No dizer de GRECO[2] o sistema recursal está atualmente impregnado de vícios que precisam ser apontados e corrigidos. O mestre enumera alguns deles: 1) Desrespeito ao

---

[1] Mestrando em Direito Processual na Faculdade de Direito da UERJ.

princípio do duplo grau de jurisdição; 2) Criação de obstáculos ilegítimos, como o preparo e o depósito recursal, este que ainda subsiste na Justiça do Trabalho; 3) Inexistência de oralidade; 4) Supressão da colegialidade; 5) Restrições ao contraditório participativo; 6) Violação do princípio do juiz natural; 7) Violação ao princípio da isonomia; 8) Falta de comunicação real; 9) Violação à imparcialidade; 10) Subordinação do direito de ser ouvido à jurisprudência; e 11) Déficit no acesso à jurisdição constitucional.

Pois bem, no exame do Princípio da Colegialidade, será indisfarçável a discussão sobre muitos desses pontos levantados pelo professor acima. Nossa preocupação será colaborar para que seja atribuída ao Princípio da Colegialidade a dimensão merecida, bem como para que seja repensado o papel do relator no sistema recursal. O estudo terá um caráter marcadamente preventivo, quer dizer-se, buscará acima de tudo alertar para evitar que a supressão da colegialidade se espraie e contamine irreversivelmente o processo civil brasileiro.

1 – **O Princípio da Colegialidade**[3]

O sistema processual brasileiro reveste-se de julgadores monocráticos no primeiro grau de jurisdição, empossados segundo critérios técnicos. O fator primordial de reconhecimento da legitimidade de suas decisões diante do povo, que não os escolheu nem opinou acerca de suas escolhas, é a fundamentação da tomada de posição. Esse o espírito que encarta o art. 93, IX, da CRFB.

O recurso faz parte da tradição jurídica romana e, por conseguinte, de nossa tradição jurídica. Muito se alterou acerca do sistema recursal desde antes de Cristo até os dias atuais, obviamente. Conquanto formalmente não mais adotemos a ritualística romana que regia a *appelatio*, é inegável que a *ratio* dos recursos permaneceu inabalável no transpassar de todos os séculos.

O recurso, quase de forma utópica, porquanto no afã de ilustrar a assertiva partimos do que é ou não justo, busca confirmar a decisão mais justa, reformar a injusta ou cassar aquela proferida com a inobservância de preceitos cogentes de ordem formal. Sem querermos adentrar nos aspectos filosóficos da justiça, cientes da equivocidade do substantivo, tomemos como a concepção ideal para trabalhar o ensinamento de Platão, segundo o qual, em *A República*, conclui que ela consiste em dar a cada um o que lhe é devido. Eis a árdua missão do magistrado, visto sob o prisma de instrumento da efetivação da justiça.

---

[2] "A Falência do Sistema de Recursos" in *Estudos de Direito Processual.* ed. Faculdade de Direito de Campos. 2005, págs, 287/316.

[3] "*Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção. Como se vê, os princípios são normas imediatamente finalísticas. Eles estabelecem um fim a ser atingido. Como bem define Ota Weinberger, um fim é idéia que exprime uma orientação prática"* ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios.* 5.ed. rev. e ampl. São Paulo, Malheiros, 2006.

Em primeiro grau encontram-se os juízes não tão experientes quanto aqueles que compõem o tribunal. Esta é a formatação ideal e que justifica a promoção por antiguidade mesclada com o merecimento. Para a tomada de decisões mais justas, que conjuguem o direito objetivo de forma a inseri-lo harmonicamente na vida de relação, o constituinte, na constituição dos tribunais, abriu mão de juízes estritamente técnicos, realçando a importância de, ao lado destes, figurarem juízes mais experientes. É justamente no debate entre a técnica e a experiência que nasce a melhor decisão, ou pelo menos que se aumenta a chance dessa decisão ser tomada corretamente.

Num olhar prático para a formatação de nossos tribunais concluiremos ser incompatível com o nosso ordenamento a revisão de decisões por juízes monocráticos. A colegialidade é a grande força dos tribunais. A matéria a ser decidida deve ser discutida, debatida, pontos de vista devem ser expostos, uns descartados e outros acolhidos, sempre em busca da melhor decisão. Quanto maior e mais intenso o debate, maior a oportunidade para que a causa em exame se amadureça. Incluir nesse debate o jurisdicionado é de indelével importância. A propósito, tanto a oralidade quanto o contraditório, em primeiro e segundo graus, laboram igualmente em prol da decisão mais justa. Falar e não ser ouvido é tão prejudicial quanto não falar nada. Mais do que permitir que as partes participem do processo, levar em consideração a verdade de cada uma é um trabalho que demanda experiência e perspicácia.

Há um equilíbrio em torno dos três poderes idealizado pelo constituinte originário. No Executivo, por meio de eleições diretas, o povo é encarregado de eleger aqueles que administrarão a coisa pública. No Legislativo, o povo optará, no cenário federal, por deputados, estes seus legítimos representantes, e senadores, estes que representarão seus estados. A própria constituição e a feição arquitetônica das casas legislativas querem revelar-nos o equilíbrio. Quanto ao Judiciário, conforme afirmado linhas atrás, após a escolha técnica de juízes de primeiro grau, é a fundamentação das decisões e a conduta proba dos aprovados em concurso público que justificam o posto assumido. O constituinte optou pela ampla independência do magistrado, que não deve ser grato a ninguém por sua escolha para que ocupe o cargo de juiz. Daí o exaltado trinômio da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios. Essa isenção é imprescindível para o exercício da judicatura. O magistrado deve julgar nos conformes da lei e, se necessário, em busca da decisão mais justa e pacificadora da sociedade, deve transcendê-la.

Em princípio, o cidadão comum, apelidado por nós de jurisdicionado padrão, que procura o judiciário irá bater as portas da Justiça Estadual, da Justiça Federal ou da Justiça do Trabalho. Seus tribunais, em regra[4], constituirão a instância revisora, provocados mediante recurso voluntário. Para todas essas Justiças, a forma de ingresso dos magistrados é a mesma: o concurso público de provas e títulos, art. 93, I, CRFB. A formatação dos respectivos tribunais é também semelhante, conforme se depreende dos artigos, 94 e 115 da CRFB. Os juizes de primeiro grau ascenderão aos tribunais de segundo grau, cuja constituição será complementada em 1/5 por advogados e membros do Ministério Público, alternadamente. A fertilidade de fontes para a composição dos tribunais demonstra-nos que o constituinte apontou que o melhor caminho para a formação das decisões mais justas seria a conjunção de

[4] Em regra porque as causas de sua competência originária devem ser ressalvadas.

ideais e idéias, de membros do Ministério Público, advogados, juízes experientes e juízes que se destacam pelo trabalho eficientemente prestado ao Judiciário.

Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal são, respectivamente, os guardiões da legislação federal e da Constituição da República. Não são tribunais de terceira e quarta instâncias e não lidam com matérias fáticas, salvo as exceções exaradas pela Carta da República[5]. O método de escolha de seus integrantes é peculiar porque peculiares são as suas funções quando comparadas aos tribunais mencionados. Já a Justiça Eleitoral e a Justiça Militar se prestam a fins específicos, normalmente longínquos do jurisdicionado padrão.

O que o julgamento por órgão colegiado pode propor aos recorrentes é um aumento da probabilidade de acerto. É o mesmo que alargar e solidificar a base sobre a qual se edifica uma construção qualquer. O recurso é o remédio utilizado pelo vencido na ânsia de se ver livre de uma sentença desafinada com sua própria justiça. Não há garantia de que seu ponto de vista prevalecerá ou não. O fato de alguém recorrer não pode conduzir ao raciocínio de que o recorrente tem mais razão do que o recorrido ou vice-versa. A decisão tomada de forma conjunta é imprescindível em um país de primeira instância monocrática. Não há razão para que os tribunais se componham de juízes monocráticos revisores, o que afrontaria nossa própria Constituição, fugindo de seu espírito.

É nessa mesma linha que afirmamos que julgamentos monocráticos em segunda instância ferem a isonomia. Apunhalam o preceito indeclinável de um Estado Democrático de Direito que reza a obrigatoriedade de tratar de forma igual aqueles que se encontram em situações inegavelmente semelhantes. A força dos tribunais é a colegialidade, impregnada por uma diversidade quantitativa e qualitativa de pessoas que, por intermédio do debate, acordam. A partir do instante em que se julgar um recurso ou uma liminar nele pleiteada, definitivamente, sem possibilidade de se submeter o decidido ao órgão colegiado, imediatamente, estar-se-á incorrendo em quebra da isonomia, uma vez que a forma de acesso dos desembargadores aos tribunais não é comum para todos os membros, assim como não é comum a formação jurídica de cada um deles, pelo que a profusão de decisões distintas traria sérios impactos à segurança jurídica.

Parece despido de qualquer fundamento jurídico falar em definitividade de medidas liminares, já que por sua própria natureza são precárias e efêmeras. A intenção que agora externamos é a de demonstrar o descontentamento com a irrecorribilidade apregoada pelo parágrafo único do art. 527, CPC, introduzido pela Lei 11.187/2005. Mais grave – ou tão grave quanto – do que a ânsia pela demora do provimento jurisdicional, porquanto insuscetível de reclamação no processo corrente, é o dano marginal patrimonial ou não.

Anunciar a irrecorribilidade de uma antecipação de tutela em grau recursal concedida pelo relator, com o perdão do excesso, monocraticamente, ou da conversão do agravo de instrumento em agravo retido, é desconsiderar, inconstitucionalmente, a colegialidade e atribuir mais poder do que o necessário ao julgador monocrático, tudo a pretexto da celeridade. A justificativa de que a causa será ainda julgada pelo órgão colegiado

[5] O perfil que se busca dar ao Supremo Tribunal Federal atualmente é o de Corte Constitucional. Nesse embalo vêm as recentes reformas processuais, cujo ponta-pé inicial foi dado pela Emenda Constitucional 45/2004. Dessa mentalidade, distorcida de seu ideário original, poderá surtir como efeito indesejável o afastamento do jurisdicionado do Supremo Tribunal Federal. Veja-se, por exemplo, a chamada objetivação do recurso extraordinário.

não convence. Até lá, muita água já terá se passado por debaixo da ponte. Basta vermos o tempo médio de espera para o julgamento dos recursos nos tribunais brasileiros.

2 – **A colegialidade como garantia de independência e imparcialidade dos tribunais**

Conforme já fizemos a assertiva, há uma razão de ser para ter o constituinte originário diversificado na escolha dos desembargadores/juízes que comporão os tribunais estaduais, federais e do trabalho. Em excelente estudo sobre o Princípio da Colegialidade, a francesa Marie-Anne Cohendet[6] deixa transparecer sua preocupação pela mitigação da colegialidade nos órgãos jurisdicionais franceses por restrições impostas por intermédio de decretos. A jurisdição em França, como sabido, subdivide-se em judicial e administrativa. Não temos dúvida de que o estudo parte de uma realidade completamente diferente da brasileira. Especificamente sobre a inquietação demonstrada pela professora ao longo de seu trabalho, que tem como pano de fundo a dualidade de jurisdições, ela não é transferida para este estudo. Não o é pelo singelo motivo de que nossa jurisdição é una. A ótica de nossa abordagem não será esta.

COHENDET demonstra-se preocupada com o fato de o Princípio da Colegialidade estar sendo restrito pela jurisdição administrativa independentemente do trabalho do legislador francês. Em vista desse fato, informa-nos que o entendimento esposado pelo Conselho Constitucional de seu país foi no sentido de que é competência exclusiva do legislador, não podendo fazê-lo autonomamente um integrante do poder executivo, elaborar eventuais restrições ao princípio da colegialidade, de acordo com a interpretação do art. 34 da Constituição Francesa.

O art. 34 da Constituição Francesa determina as matérias que serão tratadas exclusivamente pelo poder legislativo. Dentre essas matérias está, em primeiro lugar, a competência exclusiva do legislador para fixar regras relativas às garantias fundamentais atribuídas aos cidadãos para o exercício das liberdades públicas.

O destaque a ser dado é a importância dispensada ao Princípio da Colegialidade. É justamente essa importância, e o reconhecimento de que somente com órgãos colegiados preserva-se a independência, a imparcialidade e ameniza-se a suspeição de cunho político sobre os órgãos jurisdicionais, que nos interessa tratar no momento. Não são de comparações entre o modelo francês e o brasileiro que nos ocuparemos.

Em França a colegialidade dos juízos, em ambas as esferas de jurisdição, mas principalmente na administrativa, é decisiva para que os juizes administrativos decidam com imparcialidade. Esses, os juízes administrativos, quando comparados aos integrantes da jurisdição judicial francesa, são mais suscetíveis às pressões por parte da Administração Pública. A colegialidade é uma forma de protegê-los. Essa a primordial razão pelo desconforto demonstrado pela doutrina francesa quando, utilizando-se do poder regulamentar,

[6] La collégialité des jurisdicions: un principe en voie de disparition?. in *Revue française de droit constitutionnel,* n° 68, outubro de 2006.ed. PUF, Paris, p. 713/736. O título do artigo pode ser traduzido da seguinte forma: A colegialidade dos órgãos jurisdicionais: um princípio em via de desaparecimento?

o executivo francês afastou a colegialidade e atribuiu a juiz único o julgamento de determinados recursos na esfera administrativa.

A discussão travada pelos franceses gira em torno do Princípio da Legalidade. Seria ou não matéria reservada à lei o estabelecimento de exceções ao Princípio da Colegialidade? Ante o entrave, vem a lume a conclusão do Conselho Constitucional Francês, de 20 de julho de 2006, que, revendo a jurisprudência alinhavada em 1975, determinou que o Princípio da Colegialidade estaria submetido à reserva legal pela razão de encontrar-se albergado entre as garantias dos cidadãos.

Exsurge a indagação: seria possível, então, o legislador brasileiro, a propósito da interpretação exarada pelo Conselho Constitucional Francês, determinar que os recursos passem a ser julgados por juiz único? Quer dizer, como se entende em França que o Princípio da Colegialidade poderá sofrer restrições desde que por obra do legislativo, seria possível restringi-lo a ponto de monocratizar o julgamento em segunda instância? A resposta merece ser negativa. É o que vimos tentando demonstrar.

É de fundamental importância a distinção entre supressão e restrição. Restringir para atribuir competência recursal a juízo único é suprimir. Assim como é suprimir, sob a rubrica de restringir, assegurar a irrecorribilidade de decisão interlocutória em sede recursal, já que o processo normalmente não pode esperar todo o tempo que uma causa despende para ser julgada no Brasil. Há medidas liminares monocraticamente deferidas ou indeferidas no seio do Supremo Tribunal Federal que há anos não são submetidas ao pleno. Restringir, de forma constitucional, é, por exemplo, delegar ao relator o exame prévio de admissibilidade dos recursos. De sua decisão, invariavelmente, caberá recurso para o órgão colegiado, que sobre ele deverá deliberar com a maior brevidade possível.

Retornando à indagação feita, dois fundamentos já foram expostos para que possamos respondê-la negativamente: primeiro, respeite-se as especificidades culturais de cada país, sendo que nesse caso, além de uma especificidade cultural, há de ser respeitada uma especificidade constitucional; segundo: a força do colegiado, particularmente no nosso, está na diversidade da formação dos julgadores e, em nosso como em qualquer outro, no debate e na preservação da independência e imparcialidade dos magistrados.

O juízo monocrático em grau recursal poderia desaguar na instalação de absurdas incongruências. Para cada relator, uma posição diversa que retrata sua formação jurídica, restando à parte recursos excepcionais onde não seria possível a rediscussão da matéria fática referente à qual justamente se mostra injustiçada. Por mais que se possa remediar essa situação com incidentes de uniformização de jurisprudência, fato é que o trabalho dos tribunais somente aumentaria, na mesma proporção em que a insegurança jurídica imperaria.

Nem se leve em conta aqui eventuais erros de subsunção dos quais o julgamento monocrático poderá ver-se acometido. Crendo estar a questão a ensejar a aplicação de entendimento já sedimentado por tribunal superior, o relator equivoca-se ou se desprende de alguma peculiaridade que poderia dar novos rumos à decisão final.

A divergência de julgamentos já é incômoda em primeira instância, conquanto fique a reserva mental de que a interposição de um recurso solucionará a pendenga. De uma forma ou de outra, a melhor maneira de satisfazer o jurisdicionado é atendê-lo de forma tempestiva e coerente. A coerência evidencia-se não com todos marchando ao som de um mesmo tambor, mas com julgamentos minimamente plausíveis, que partam de uma situação

fática idêntica e cheguem a uma decisão comum ou parecida, sempre fundamentadamente. A colegialidade não sepulta, mas ameniza, a incoerência, já que parte da idéia de uma deliberação e não de um juízo único.

Jurgen Habermas, citado por COHENDET[7], demonstrou que, de uma maneira geral, a deliberação traduz-se em um conceito processual de democracia. Montesquieu, por sua vez, afirma que se a colegialidade é inerente à nossa tradição jurídica é porque, fundamentalmente, consideramos muito melhor uma decisão tomada por uma deliberação do que pela decisão de um único.

Ao voltarmos para o Brasil, poderíamos imaginar as infindáveis suspeições sobre os julgadores únicos em grau recursal e o receio destes em decidir monocraticamente. É claro que o receio não pesará no ombro de todos. Ocorre que o sensacionalismo, fortemente armado, terá mais um prato cheio para se deliciar ao informar que determinados desembargadores somente decidem a favor e outros somente contra envolvendo questão que trata da mesma matéria. O juiz único sabe que a confecção de simples estatísticas de seus julgados compactuará para que seja rotulado, por exemplo, de pró-fazenda ou pró-instituições financeiras, o que é muito mais prejudicial em grau recursal. Até a pacificação do entendimento do tribunal, muito desconforto terá sido inutilmente causado.

A colegialidade é uma defesa do próprio Poder Judiciário. Escudo protetor contra pressões externas que, se não as alivia integralmente, pelo menos dissipa seus efeitos entre os julgadores. É, portanto, indiscutivelmente, forma de se assegurar a independência, a imparcialidade e a imagem do Poder Judiciário. A colegialidade incita a moderação, forçando cada juiz à neutralidade e maior objetividade. Há nela um freio natural, imposto pelos próprios pares do julgador.

É nessa toada que COHENDET[8] afirma que a Separação dos Poderes não seria efetiva se a colegialidade não fosse respeitada. O princípio da colegialidade seria o corolário necessário de independência e imparcialidade da justiça, princípio, inequivocamente, de valor constitucional.

3 – **O papel do relator no Código de Processo Civil**

O Princípio da Colegialidade e o papel do relator mantêm relação íntima. O relator viabiliza o julgamento pelo órgão colegiado. O relator em casos incontáveis funciona como filtro processual de causas formalmente incompatíveis com direito processual positivo. Abra-se um parêntese para salientar que todo e qualquer apego ao formalismo é prejudicial. O processo carece de se desgarrar de certas mesquinharias, deixar de ser cerimonioso, para que possa realizar sua função instrumental. Fato é que o relator, de acordo com nossa ordem processual, ao proceder ao juízo de admissibilidade, deve atentar-se ao preenchimento dos pressupostos intrínsecos e extrínsecos recursais.

[7] Ob.cit.

[8] Ob.cit.

O relator fará nos autos uma exposição dos pontos controvertidos sobre que versar o recurso. Feito o relatório, o processo segue, nas hipóteses do art. 551, caput, CPC, a um revisor, sendo-o o juiz que se seguir ao relator na ordem decrescente de antiguidade, até o julgamento colegiado por três juizes, art. 555, CPC.

O art. 557, CPC, abre a possibilidade para o relator negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior. Por seu turno, se a súmula estiver em conformidade com os tribunais mencionados, o relator poderá dar provimento ao recurso.

O relator, nessas hipóteses, funciona como verdadeiro delegado do colegiado. Ante a previsão clara de insucesso ou de sucesso do recurso, monocraticamente, julga-o, excetuando-se a regra contida no art. 555, CPC. Não vislumbramos prejuízo nessas hipóteses, uma vez que se trata de medida economicamente saudável – salvo para as partes no caso de ser interposto o agravo regimental contra o julgamento pelo relator, que certamente terão seus custos aumentados – e abreviadora do tempo de resposta ao jurisdicionado. São recursos cuja sorte está traçada, não havendo motivo bastante para postergar a decisão e abarrotar ainda mais as prateleiras.

No entanto, temos o dever de fazer uma observação de ímpar importância, sem a qual o julgamento monocrático pelo relator nessas hipóteses aludidas seria inviável e, inegavelmente, inconstitucional. Há a possibilidade de o recorrente ter seu pleito julgado pelo colegiado, mesmo com a negativa *in liminis* pelo relator. Trata-se da previsão do §1º do art. 557, que dispõe caber agravo, no prazo de 05 dias, ao órgão competente para o julgamento do recurso e, se não houver retratação, o relator apresentará o processo em mesa, proferindo o voto. Provido o agravo, o recurso terá seguimento.

A possibilidade da interposição imediata do agravo conforma o julgamento pelo relator com o Princípio da Colegialidade. Diz-se regimental[9] por ocasião de, antes de ser previsto pelo CPC, ter sido um recurso previsto no regimento interno dos tribunais. A propósito, muito se discutia sobre a constitucionalidade da previsão dos agravos em regimentos internos, o que atentaria contra a competência privativa da União para legislar sobre direito processual. Contudo, na verdade, o que não se poderia admitir, tendo em vista o Princípio da Colegialidade, que para nós tem *status* constitucional, era a falta de previsão de se levar a decisão do relator ao controle do órgão colegiado, verdadeiro juiz natural para tanto.

No diapasão do §2º do art. 557, uma vez considerado o agravo manifestamente inadmissível ou infundado, o tribunal condenará o agravante a pagar ao agravado multa entre 1% e 10% do valor corrigido da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito do respectivo valor. "Manifestamente inadmissível" e "manifestamente infundado" tratam-se de conceitos jurídicos indeterminados, que devem ser prudentemente estabelecidos e verificados pelos julgadores. No tocante à parte final do dispositivo, discordamos frontalmente, ao passo em que o Estado não deve condicionar o acesso ao judiciário ao pagamento de qualquer valor. Se a quantia for devida ao Estado, que se utilize do executivo fiscal. Se devida à parte, poderá buscar seu crédito por execução provisória, quando for o caso, ou então que aguarde o trânsito em julgado da condenação e

[9] Optamos aqui em chamá-lo de regimental. Fato é que agravo regimental, agravo interno e agravinho são todos idênticos do ponto de vista finalístico, mudando-se apenas as expressões.

execute seu crédito, nos próprios autos ou em apartados, conforme lhe convier. A condição econômica do recorrente não pode obstar o prosseguimento do processo.

Destarte, a postergação razoável do julgamento do recurso pelo colegiado é medida aceitável e pragmática. O agravo regimental tem a incumbência constitucional de alçar a causa ao órgão competente quando for o caso, impedindo a afronta ao Princípio da Colegialidade. Inexplicavelmente, não é o que ocorre no caso do processamento do agravo de instrumento, sobre o que passaremos a discorrer.

3.1 – **A inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 527 do CPC**

Eis o artigo sob comento:

> Art. 527. Recebido o agravo de instrumento no tribunal, e distribuído incontinenti, o relator: (Redação dada pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001)
> I - negar-lhe-á seguimento, liminarmente, nos casos do art. 557; (Redação dada pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001)
> II - converterá o agravo de instrumento em agravo retido, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, mandando remeter os autos ao juiz da causa; (Redação dada pela Lei nº 11.187, de 2005)
> III - poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso (art. 558), ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão; (Redação dada pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001)
> .
> Parágrafo único. A decisão liminar, proferida nos casos dos incisos II e III do caput deste artigo, somente é passível de reforma no momento do julgamento do agravo, salvo se o próprio relator a reconsiderar. (Redação dada pela Lei nº 11.187, de 2005)

O inciso I apenas remete ao procedimento do art. 557, sobre o qual já estudamos. A redação do dispositivo, no entanto, é infeliz. Não são todos os casos do art. 557 que tratam da negativa de seguimento do recurso. Conforme assinalamos, e o código não faz essa distinção, no inciso I do art. 557 há a possibilidade de se dar provimento *in liminis* ao recurso caso a decisão recorrida esteja em confronto com súmula do respectivo tribunal, do STF ou de Tribunal Superior.

Ademais, não seria razoável permitir-se somente o julgamento favorável ao recorrente nas hipóteses do art. 555 e impedi-lo no caso do recurso de agravo, mormente por se tratar de recursos que atacam decisões interlocutórias.

Relembremos que na hipótese de discordância com o julgamento liminar, seja por que motivo for, caberá ao recorrente provocar o órgão colegiado competente. Essa decisão, nos termos do §1º, do art. 557 é ampla, A Lei, acertadamente, não limita suas hipóteses de cabimento. A única restrição, por motivos um tanto óbvios, seria na hipótese de o relator reconsiderar sua decisão de negar seguimento ao recurso, situação em que o processamento regular que culminaria com o julgamento pelo colegiado é retomado.

A interação entre os artigos 527, I, e 557, ambos do CPC, é harmônica e respeitosa do Princípio da Colegialidade. Infelizmente, não é o mesmo o que ocorre com os incisos II e III quando conjugados com o parágrafo único, todos do art. 527. A irrecorribilidade anunciada pelo parágrafo único nas hipóteses dos incisos II e III fere a isonomia, o devido processo legal em sentido material e formal e a ampla defesa.

O inciso II traz a possibilidade de o relator converter o agravo de instrumento em agravo retido. Veja-se que a redação do art. 522, CPC, foi repetida no inciso, listando os casos que vedam a conversão. Fato é que, dessa hipótese, a da conversão do agravo de instrumento em retido, exsurge uma situação bem curiosa, ou melhor, nebulosa: o parágrafo único diz que a decisão que determina a conversão do agravo em retido somente é passível de reforma no momento do julgamento do agravo, salvo se o próprio relator a considerar (?).

O agravo retido é decidido em preliminar de recurso de apelação. Quando o relator converte o agravo de instrumento para a forma retida, não sobeja agravo algum sobre o qual deva o tribunal se manifestar, porquanto só virá a fazê-lo quando do julgamento de eventual apelação. Logo, o artigo é simplesmente ininteligível, e mais, é inconstitucional por violar o Princípio da Colegialidade ante a patente irrecorribilidade de decisão monocrática passível de causar danos ao recorrente. Veja-se a falta de proporcionalidade em não prever o agravo interno para a conversão. Se a parte agravou por instrumento é porque considera que determinada situação lhe é suscetível de causar grave dano. O relator, portador de entendimento diverso, não vê risco de lesividade que justifique o recebimento do agravo de instrumento e o converte em retido, emergindo dessa conversão um ponto final ao pleito do agravante. Ora, restar-lhe-á somente a espera ou a via heróica.

Já a hipótese do inciso III, embora possa parecer materialmente viável, porquanto aqui sim é possível aplicar o parágrafo único do art. 527, afigura-nos entranhada de vícios que acarretam igualmente sua inconstitucionalidade. Relembremos inicialmente aquela básica lição quando do estudo do Princípio da Colegialidade, linhas atrás. Um dos principais fundamentos pelos quais os recursos são julgados por mais de uma pessoa é justamente o de alargar a possibilidade de acerto da decisão. Para o julgamento dos recursos do jurisdicionado padrão foi confeccionada constitucionalmente uma estrutura em nossos tribunais que indica com clareza solar o julgamento de recursos por órgãos colegiados. Essa a nossa natureza.

Quanto maior a complexidade da matéria, quanto maior a repercussão de uma decisão na sociedade, quanto menor a possibilidade de novos recursos, sujeita-se o tema, para que ganhe ares de definitividade da maneira mais legítima possível, ao julgamento por órgão colegiado. É assim no STF, e nos sujeitos à reserva de plenário, em obediência ao art. 97 da Constituição Federal, sobre as declarações de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público.

No caso do inciso III, o relator poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso, nos termos do art. 558, ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão

recursal, comunicando ao juiz da decisão. Não é raro em alguns estados brasileiros, com maior ou menor freqüência, o sentenciamento do feito em primeira instância e, somente tempos depois, o julgamento do agravo de instrumento, claro, nas hipóteses em que não é dado efeito suspensivo ao recurso. A relação a ser feita é útil para antecipar que, a despeito da aparente brevidade de julgamento dos recursos de agravo de instrumento, conforme consta de seu procedimento entre os artigos 522 a 529 do CPC, afirma-se categoricamente que não é o que ocorre.

As hipóteses de concessão de efeito suspensivo podem parecer inofensivas e insuscetíveis de causar dano à parte recorrida. Contudo, consignamos que não se pode presumir ausência de prejuízo abstratamente. À parte que tem razão, o efeito suspensivo pode ser muito prejudicial, de modo a incrementar os danos que já sofre durante a longa batalha judicial. Impedir o levantamento de dinheiro, por exemplo, por inexecução contratual, dando efeito suspensivo ou determinando-se caução, pode obstar que a parte, à beira da insolvência, quite seus compromissos trabalhistas. Tudo em razão do efeito suspensivo. E para a tristeza dessa parte, prejudicada, a ela será informado que não há pronto-recurso contra esta decisão, que ela deverá aguardar a pauta de julgamento para se ver reparada. São prejuízos irrecuperáveis, e, inconstitucionalmente, essas decisões são suprimidas de seu juiz natural que é o órgão colegiado. O tempo, como sempre afirmou a doutrina italiana, é o maior inimigo do processo.

Nem se fale das antecipações de tutela concedidas em sede de agravo de instrumento liminarmente e monocraticamente pelo relator. O legislador, na vã tentativa de dinamizar o processo, suprimiu o recurso da concessão de tutela antecipada. A situação que se configura é esta: a parte X, ajuíza determinada demanda contra Y em que pleiteia a antecipação de tutela. Em primeiro grau, o magistrado, convencido de que se encontram preenchidos os requisitos legais, defere o pedido de antecipação. Y, imediatamente, agrava por instrumento dessa decisão. O recurso no Tribunal é recebido pelo relator, que, totalmente contrário à opinião do juiz *a quo*, concede antecipação de tutela da matéria daquilo que se pleiteia no recurso. É uma guinada da manifestação do judiciário. São dois julgadores, um em primeiro grau, outro em segundo, que decidem a mesma matéria de forma diversa. X, surpreendido pela rapidez com que foi suspensa a tutela antecipada, provoca seu advogado para que recorra dessa decisão, momento em que é informado que não há nada a ser feito naquele processo a não ser esperar pela manifestação da turma quando do julgamento, que não tem data certa para ocorrer. [10]

Em nossa opinião, é muito clara a quebra da isonomia, por dois motivos cristalinos: primeiro porque as partes não litigam com paridade de armas. A conduta processual de Y é mais eficaz do que a de X – não porque seu advogado possua mais destreza e experiência, mas porque a lei processual assim impõe –, e o que é pior, sem que o juiz

[10] Luis Roberto Barroso, em seu O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro, traz-nos situação bem ilustrativa dos danos que a demora do julgamento de determinada matéria, em grau recursal, pode trazer à parte. Cita-nos passagem do voto do Min. Sepúlveda Pertence ao julgar a Pet. 2.260, ano de 2001: *De sua vez, o art. 542, §3°, C. Pr. Civ., há de ser aplicado* cum grano salis. *Assim, no caso, seria desastroso para as partes, que – só quando já decidida a causa nas instâncias ordinárias – se viesse a julgar o RE, com provável afirmação da incompetência da Justiça estadual. Defiro a liminar,* as referendum*, para determinar a sustação do processo principal e o processamento imediato do recurso extraordinário, admitindo-o ou não o il. Presidente do Tribunal* a quo*, do que se pede seja dada ciência ao Relato.*

natural para a última palavra possa ser alcançado a contento. Segundo porque não há razão para tratar diferentemente o apelado, que disporá do agravo interno, e o agravado por instrumento, que não poderá fazer uso do agravo interno, máxime quando estamos a lidar com antecipação de tutela.

Deve ser esclarecido que, em ambas as hipóteses, no caso de decisão que indefere o pedido de efeito suspensivo e na que denega o pedido de antecipação de tutela, o agravante também somente poderá ver seu pleito julgado, no mesmo processo, quando da manifestação do órgão colegiado sobre a questão principal, não sobre a decisão interlocutória-recursal, o que, inegavelmente, pode ser-lhe extremamente prejudicial. Basta invertemos o raciocínio acima construído. De tal situação redunda a manifesta imprestabilidade do agravo de instrumento para o agravante.

MARINONI e ARENHART[11], não compartilham desse entendimento. Acerca do parágrafo único do art. 527, CPC, pontuam:

> Altamente elogiável é a iniciativa do legislador, de suprimir o agravo interno, dando maior credibilidade ao relator. Fora, ao certo, um retrocesso a previsão do agravo interno, na medida em que permitia a duplicação de recursos cabíveis, eliminando a intenção de celeridade buscada por aquela modificação.

Com todo o respeito que ambos os doutrinadores merecem, divergimos de suas opiniões, por um sem número de razões que arrolamos neste trabalho. A supressão do agravo interno não contribuirá para o Judiciário por uma razão muito simples. Uma boa quantia de mandados de segurança nele será despejada. É um efeito cíclico que decorre da falta de previsão do agravo interno. O processo encarece para as partes, para o Judiciário e, consequentemente, para todos os cidadãos. Nada disso seria necessário caso houvesse a possibilidade de o recurso ser julgado pelo órgão colegiado assim que o relator decidisse a matéria monocraticamente. Ora, o papel do relator, importantíssimo na porção exata do art. 557, CPC, sofreu, pelo parágrafo único do art. 527, um esticamento além do necessário. A repercussão disso já vem sendo lamentada pelo Superior Tribunal de Justiça, como depreendemos do julgamento de lavra da Ministra Nancy Andrighi:

> RMS 22847 / MT ; RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA 2006/0214699-4 Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI - T3 - TERCEIRA TURMA. Data do Julgamento 01/03/2007. Data da Publicação/Fonte DJ 26.03.2007 p. 230.
> Processo civil. Recurso em mandado de segurança. Possibilidade de impetração do writ dirigido diretamente ao Plenário do Tribunal a quo, visando a impugnar decisão irrecorrível proferida pelo Relator que, nos termos do art. 522, inc. II, do CPC (com a redação dadapela Lei nº 11.187/2005), determinou a conversão do agravo de instrumento interposto pela parte, em agravo retido.

[11] Manual do Processo de Conhecimento. 5. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. p. 553.

> - As sucessivas reformas do Código de Processo Civil estabeleceram um processo cíclico para o agravo de instrumento: Inicialmente, ele representava um recurso pouco efetivo, de modo que sua interposição vinha sempre acompanhada da impetração de mandado de segurança que lhe atribuísse efeito suspensivo. Visando a modificar essa distorção, a Lei nº 9.139/95 ampliou o espectro desse recurso, tornando-o ágil e efetivo, o que praticamente eliminou o manejos dos writs para a tutela de direitos supostamente violados por decisão interlocutória.
> - O aumento da utilização de agravos de instrumento, porém, trouxe como contrapartida o congestionamento dos Tribunais. Com isso, tornou-se necessário iniciar um movimento contrário àquele inaugurado pela Lei nº 9.139/95: o agravo de instrumento passou a ser restringido, inicialmente pela Lei nº 10.352/2001 e, após, de maneira mais incisiva, pela Lei nº 11.187/2005.
> - A excessiva restrição à utilização do agravo de instrumento e a vedação, à parte, de uma decisão colegiada a respeito de sua irresignação, trouxe-nos de volta a um regime equivalente àquele que vigorava antes da Reforma promovida pela Lei nº 9.139/95: a baixa efetividade do agravo de instrumento implicará, novamente, o aumento da utilização do mandado de segurança contra ato judicial.
> - A situação atual é particularmente mais grave porquanto, agora, o mandado de segurança não mais é impetrado contra a decisão do juízo de primeiro grau (hipótese em que seria distribuído a um relator das turmas ou câmaras dos tribunais). Ele é impetrado, em vez disso, contra a decisão do próprio relator, que determina a conversão do recurso. Com isso, a tendência a atravancamento tende a aumentar, já que tais writs devem ser julgados pelos órgãos plenos dos Tribunais de origem.
> - Não obstante, por ser garantia constitucional, não é possível restringir o cabimento de mandado de segurança para essas hipóteses. Sendo irrecorrível, por disposição expressa de lei, a decisão que determina a conversão de agravo de instrumento em agravo retido, ela somente é impugnável pela via do remédio heróico.
> Recurso especial conhecido e provido.

A substituição do agravo de instrumento pelo mandado de segurança é a infeliz lógica a ser seguida. Não é outra a conclusão tomada por DIDIER Jr. e CUNHA:

> Na eventualidade de não ser exercido o juízo de reconsideração e, a despeito da urgência, não haver o julgamento do próprio agravo de instrumento, este recurso não estará apto a resolver o problema do agravante, revelando-se ineficaz, inoperante e inútil. Abre-se, então, o caminho para a impetração do mandado de segurança, com vistas a obter a medida que restou indeferida pelo relator. É que, nesse caso, o agravo de instrumento não ostenta utilidade, cabendo o *writ* para a obtenção do desiderato perseguido.

4 – **A visão sobre o Princípio da Colegialidade no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça**

Neste momento, ao contrário do que alguns poderiam imaginar, temos a obrigação de assinalar que as duas principais cortes de justiça do país tratam Princípio da Colegialidade com o devido respeito. Chega-se, inclusive, a expressamente mencioná-lo como princípio constitucional.

Sobre a questão da irrazoável postergação do conhecimento da matéria pelo órgão colegiado, o que quer fazer valer o parágrafo único do art. 527, CPC, a nosso ver de forma indevida e inconstitucional, inúmeros são os julgados das turmas superiores que condicionam a decisão interlocutória do relator à existência da imediata possibilidade de se levar a causa ao órgão colegiado por intermédio do agravo.

Reconhece-se, pois, legitimidade constitucional da atribuição conferida ao relator para arquivar, negar seguimento a pedido ou recurso e dar provimento a este (RISTF, art. 21, §1°; Lei 8.038/90, art. 38; CPC, art. 557, redação da Lei 9.756/98) desde que, mediante recurso, possam as decisões ser submetidas ao controle do Colegiado[12].

O informativo jurisprudencial 472, do Supremo Tribunal Federal, a respeito do HC – 90.427, inicia seu exame da seguinte forma: **Por vislumbrar ofensa ao princípio da colegialidade, a Turma indeferiu, parcialmente, o habeas corpus...**.

Nessa mesma linha, o informativo 258, do Supremo Tribunal Federal, em suas transcrições, trouxe o voto do Min. Celso Mello, de onde destacamos o seguinte trecho:

> Cumpre acentuar, neste ponto, que o Pleno do Supremo Tribunal Federal reconheceu a inteira validade constitucional da norma legal que inclui, na esfera de atribuições do Relator, a competência para negar trânsito, em decisão monocrática, a recursos, pedidos ou ações, quando incabíveis, estranhos à competência desta Corte, intempestivos, sem objeto ou que veiculem pretensão incompatível com a jurisprudência predominante do Tribunal (RTJ 139/53 - RTJ 168/174-175). Nem se alegue que esse preceito legal implicaria transgressão ao princípio da colegialidade, eis que o postulado em questão

[12] Esse o entendimento exarado no AI-AgR 589779/RS – Rel Min. Ricardo Lewandowski, DJ 22/06/2007.

> sempre restará preservado ante a possibilidade de submissão da decisão singular ao controle recursal dos órgãos colegiados no âmbito do Supremo Tribunal Federal, consoante esta Corte tem reiteradamente proclamado (Ag 159.892-SP (AgRg), Rel. Min. CELSO DE MELLO).

Reafirmamos que a manifestação do órgão colegiado é inútil quando não manifestada em tempo hábil de evitar prejuízo maior ao recorrente. Pela preservação do agravo interno, o Superior Tribunal de Justiça associa-o diretamente ao Princípio da Colegialidade, ao qual se reporta como de base constitucional. Corretamente, o Ministro Luiz Fux, ao julgar o recurso especial infra colacionado, ignora a previsão do atual art. 527.

> AgRg no Ag 827242 / MT ; AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 2006/0245656-1 Ministro LUIZ FUX (1122) T1 - PRIMEIRA TURMA Data do Julgamento 07/12/2006 Data da Publicação/Fonte DJ 01.02.2007 p. 427
> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. RECURSO CABÍVEL. AGRAVO REGIMENTAL NO TRIBUNAL DE ORIGEM. PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE DAS DECISÕES. (AGRAVO DE INSTRUMENTO COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA PARA CONCEDER EFEITO SUSPENSIVO. DECISÃO LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA.)
> 1. É cabível a interposição de agravo regimental contra qualquer decisão monocrática de relator de tribunal. 2. O art. 39 da Lei nº 8.038/90, que disciplina o cabimento do agravo interno contra decisão singular proferida por membro do Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal, deve ser aplicado, por analogia, aos demais tribunais pátrios, ainda que inexista previsão no Regimento Interno do Tribunal de Segunda Instância. Precedentes: (AgRg no AG n. 556508/TO, de minha relatoria. DJ. 30.05.2005; AG n. 712619/PI. Rel. Min. Teori Albino Zavascki. DJ. 10.11.2005; Ag no AG n. 421168/SP. Rel. Min. Eliana Calmon. DJ. 24.06.2002).
> 3. "A decisão monocrática de relator indeferindo antecipação de tutela recursal em agravo de instrumento interposto perante tribunal de segunda instância pode ser impugnada por recurso interno ao colegiado. Aplicação do princípio constitucional da colegialidade dos tribunais e do art. 39 da Lei 8.038, de 1990.(MC 6566, Rel. Min. Teori Zavascki)"
> 4. A lei 8.038/90 prevê, no art. 39, o direito de a parte reiterar o pedido perante o próprio colegiado. Nestes casos, cabe à parte sucumbente impugnar os fundamentos da decisão monocrática

através de agravo regimental, como forma de assegurar o princípio da colegialidade, garantia fundamental do processo que visa neutralizar o individualismo das decisões.
5. A súmula 622/STF, que desautoriza o cabimento do agravo regimental contra decisão do relator que concede ou indefere liminar em mandado de segurança, não se harmoniza com o próprio artigo 317 do RISTF, que prevê agravo regimental contra qualquer decisão monocrática de um dos seus membros que cause prejuízo ao direito da parte, outra não é a exegese do art. 258 do RISTJ.
6. É da natureza dos tribunais superiores o exercício colegiado da jurisdição. Consectariamente, se a lei ou o Regimento conferem a um dos membros do Tribunal, por razões de urgência e de abreviação do serviço judiciário, o exercício de função jurisdicional, ele a desempenha em nome do colegiado, mas sem poder tolher o acesso do jurisdicionado ao colegiado, que é o juiz natural da causa.
7. Agravo Regimental desprovido.

5 – **Conclusão**

Muitos não vêm o princípio da colegialidade como uma garantia fundamental do jurisdicionado ou uma garantia processual, como DIDIER JR e CUNHA. Por seu turno, GRECO[13] enumera dentre os fatores que contribuem para o "Déficit Garantístico do Sistema Recursal" a supressão da colegialidade. Esclarece GRECO, ainda, que as instâncias internacionais humanitárias não têm acolhido a assertiva de que a colegialidade seja uma garantia fundamental do processo, não obstante o professor a considere uma garantia estrutural do direito processual.

Fato é que não adianta maquiar o princípio da colegialidade. "*Mas é forçoso reconhecer que tão ruim quanto o monocratismo em 2º grau, é a falsa colegialidade, através de julgamentos-relâmpago ou em pilhas, em que todos acompanham o voto do relator, sem saber o que estão decidindo e sem uma análise cuidadosa dos fatos, provas e alegações apresentados pelas partes".*

O descompromisso com o mister constitucional de prestação de um serviço jurisdicional justo e probo aniquila qualquer tese que seja levantada pelas partes, por mais bem engendrada que seja. Num cenário frenético de julgamentos demorados e instantâneos, não há o menor espaço para a decisão justa. Pode parecer uma verdadeira logomaquia um "julgamento demorado e instantâneo", mas quem lida com o Poder Judiciário sabe exatamente ao que nos referimos. Anos para que a causa seja julgada e minutos, ou até segundos, entre a abertura e a conclusão do julgamento.

[13] Ob. cit.

O bordão que atualmente impera no seio do Poder Judiciário é o da tempestividade da prestação jurisdicional, alçado a garantia constitucional pela Emenda Constitucional 45. Ocorre que a prestação tempestiva é dever de todo e qualquer servidor público e seria desnecessária esta preocupação se dispuséssemos de um número suficiente de juízes, de um processo menos formalista, de uma estrutura bem sedimentada para a prestação jurisdicional como se requer uma boa estrutura para o desempenho de qualquer atividade. E mais. Seria em vão a concretização desses objetivos se os personagens do processo não se comportassem com o espírito ético que de todos é demandado para a confecção de um direito processual justo.

A cobrança de tempestividade do Poder Judiciário diante de sua atual conjuntura é o mesmo que exigir que uma fábrica com capacidade mensal para produzir 500 produtos passe a produzir 2000 produtos. No afã de cumprir a meta, diminui-se a qualidade do material utilizado no processo de manufaturação, pela razão de ser fabricado num tempo menor, e mantém-se inalterada a quantidade de seu maquinário e de pessoal. A meta não é alcançada e o produto passa a ser comercializado com uma qualidade aquém da desejável.

Em conferência internacional realizada em homenagem a Mauro Cappelletti, na cidade de Florença, Itália, entre 12 e 13 de dezembro de 2003, sob a coordenação de Nicoló Trocker e Vincenzo Varano, reuniram-se processualistas renomados da França, Espanha, Alemanha, Japão, Áustria, Holanda, Inglaterra, Estados Unidos, Austrália e Itália. Resultou do encontro o livro The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective.

Redigidas as conclusões pelos organizadores, realçou-se, dentre outras, uma feita por Oscar Chase. Salientou o professor americano que o processo não pode ser considerado um fim em si mesmo, bem como o sistema do direito processual há de ser considerado legítimo pelos olhos do público a quem ele serve. O processo, avisa CHASE, é apenas um instrumento, e suas regras devem corresponder aos anseios da sociedade e das partes. É também por essa razão que os problemas hão de ser confrontados com justiça e pragmatismo, e as reformas preparadas a partir de uma pesquisa empírica capaz de nos mostrar, com experiências concretas, a possibilidade de êxito.

Dentre as reformas analisadas por TROCKER e VARANO, está o *flexible procedural model*, atualmente empregado na Alemanha, Inglaterra e Áustria, por exemplo. Esse *modelo de procedimento flexível* apregoa a inexistência de prazos finais impostos pelo legislador em cada fase do processo. As expressões quanto aos prazos constantes no código alemão e no código francês, traduzidas em inglês pelos autores, são *as soon as possible* e *as quickly as possible*, o que quer dizer, *tão logo for possível*[14] . O juiz molda o processo de acordo com as dificuldades que se apresentam no caso particular, frustrando o antigo poder da parte maliciosa de delongá-lo. Busca-se um equilíbrio entre a iniciativa das partes e do juiz.

São esses alguns indicativos de que temos muito a caminhar ainda. Não se tem êxito em tempestividade exterminando recursos ou qualquer outra garantia processual. Aumenta-se sim a insatisfação, a insegurança, e esquece-se que o processo existe para a satisfação dos jurisdicionados e não para o incremento da produtividade de juízes,

[14] Essa maleabilidade conferida ao juiz existe no direito processual brasileiro, ainda que de forma tímida. Veja-se, por exemplo, que no art. 491, CPC, referente ao processamento da ação rescisória, o relator mandará citar o réu, assinando-lhe prazo nunca inferior a 15 (quinze) dias nem superior a 30 (trinta) para responder aos termos da ação. O maior ou menor prazo conferido dependerá de critério a ser utilizado pelo magistrado, e é justamente esse o espírito do *flexible procedural model*. A mesma possibilidade de modulação do tempo do procedimento encontra-se no art. 492, CPC.

desembargadores e ministros. O processo sincrético de conhecimento e de cumprimento de sentença, por exemplo, adveio, sem dúvidas, para melhorar o direito processual pátrio. E melhorou porque um entrave burocrático foi removido. Nosso sistema processual está repleto deles, identificá-los e propor soluções compatíveis com nossa cultura jurídica é a missão e o dever de todo jurista. Súmulas vinculantes e irrecorribilidade de decisões suscetíveis de causar danos aos jurisdicionados, por exemplo, em nada contribuem para a formação de um processo justo.

Como se ressaltou no início do estudo, este é um trabalho de índole preventiva, não paliativa. Nossa apreensão pauta-se justamente na onda reformista que, conquanto devesse ser efêmera, passou a ser perene, e busca, parece que a todo custo, reduzir o tempo de resposta final do Judiciário ao pleito daqueles a quem serve. O raciocínio de que monocratizando as decisões de segundo grau ter-se-á uma melhora e um abreviamento da prestação jurisdicional não deve prosperar. O parágrafo único do art. 527, CPC, talvez tenha sido apenas um descuido ou experiência mal-pensada do legislador, mas, por outro lado, pode ser a fresta em uma porta que, aberta, desfigurará o sistema recursal brasileiro. Afinal, onde há fumaça, há fogo.

O princípio da colegialidade, como exposto ao longo de todo o trabalho, tem fundamento constitucional. É ele inerente ao devido processo legal, ao duplo grau de jurisdição, ao princípio da isonomia, à separação e independência dos poderes, à estrutura arquitetada pelo constituinte originário para nossos tribunais e, principalmente, compactua como fator decisivo de legitimação dos provimentos jurisdicionais.

Referências

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios.* 5.ed. rev. e ampl. São Paulo, Malheiros, 2006.

BARROSO, Luís Roberto Barroso. *O controle de constitucionalidade no direito brasielrio.* 2.ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

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

DIDIER JR., Fredie et al. *Curso de Direito Processual Civil.* 3.vol. Salvador: JusPODIVM, 2006.

GRECO, LEONARDO. *A Falência do Sistema de Recursos* in *Estudos de Direito Processual.* ed. Faculdade de Direito de Campos. 2005, págs, 287/316.

_____. *Garantias Fundamentais do Processo: o processo justo* in *Estudos de Direito Processual.* ed. Faculdade de Direito de Campos. 2005, págs, 225/286.

MARINONI, Luiz Guilherme et al. *Manual do Processo de Conhecimento*. 5. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

TROCKER, Nicolo et al. *The reforms of civil procedure in comparative perspective.*ed. Torino: G. Giappichelli, 2005.

XII. PROPOSTA DE REFORMULAÇÃO DO LIVRO III DO CPC: ALGUMAS REFLEXÕES

Laura Oliveira Vidon

SUMÁRIO: 1. Considerações Iniciais. 2. A Tutela Cautelar. 2.1. A Tutela Cautelar no Direito Comparado. 2.2. Notas essenciais da cautelaridade. 2.3. A tutela cautelar no CPC de 1939. 2.4. A tutela cautelar no CPC de 1973. 3. O esboço do Ateprojeto do CPC – Livro III. 3.1. Anãlise do Esboço de Anteprojeto do CPC – Livro III. 3.1.1. Pontos Positivos do Esboço. 3.1.2. Pontos a serem modificados no Esboço. 3.1.2.1. Exclusão dos procedimentos não cautelares do Livro III. 3.1.2.2. Sistematização efetiva das medidas de urgência. 3.1.2.3. Tratametno Inadequado à Instrumentalidade Mitigada. 4. Considerações finais. 5. Referências bibliográficas.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Em outubro de 2006, foi publicado na Revista de Processo, em sua edição de número 140, artigo do ilustre Ministro aposentado Athos Gusmão Carneiro[1], no qual o eminente processualista apresenta um esboço de Anteprojeto do Código de Processo Civil acerca do Livro III (Do processo cautelar), depois de expor considerações sobre as razões que motivaram a proposta legislativa.

Segundo a proposta apresentada, a denominação do Livro III passaria a ser "Da Tutela de Urgência", tendo seu Título I a epígrafe "Das Medidas Cautelares e Antecipatórias", e seu Título II, a nomenclatura "Dos Processos de Urgência".

O presente trabalho tem por objetivo examinar o esboço legislativo em comento, a fim de verificar se o tratamento normativo proposto atende à premente necessidade de o ordenamento processual brasileiro dispor, de maneira sistemática e uniforme, sobre a tutela de urgência.

Conforme mencionado em nosso outro trabalho[2], as tutelas cautelar e antecipatória devem ser compreendidas como integrantes de um gênero comum de tutela jurisdicional, o da tutela sumária cautelar de urgência, informada pelos aspectos caracterizadores da cautelaridade, quais sejam: a provisoriedade e a instrumentalidade, tal como preconizado por

---

[1] CARNEIRO, Athos Gusmão. Tutela de urgência. Medidas Antecipatórias e Cautelares. Esboço de Reformulação Legislativa, *In: Revista de Processo,* Rio de Janeiro, n. 140, p. 72-85, out. 2006.

[2] "Tutelas Sumárias de Urgência: Cautelares Conservativa e Antecipatórias", apresentado para conclusão da disciplina "Novas Tendências do Direito Processual", em agosto de 2007, ministrada pelo Professor Leonardo Greco.

José Roberto dos Santos Bedaque[3], apoiado, sobretudo, nas lições de Calamandrei e de Proto Pisani.

Consideradas indispensáveis à configuração de uma tutela jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva, às tutelas antecipatória e cautelar deve ser dedicado um tratamento legislativo que as reconheça estrutural e funcionalmente semelhantes, e que repute de somenos importância as diferenças conceituais existentes entre as medidas.

Mais do que mudanças pontuais na legislação processual, já era hora de os operadores do direito se debruçarem sobre a necessidade de um regime jurídico único para as tutelas sumárias cautelares de urgência.

Conforme ressaltado por Leonardo Greco[4], a dinamicidade da vida atual faz com que se firme uma nova tendência, no sentido de os jurisdicionados preferirem uma rápida solução do litígio, fundada em cognição incompleta, do que a busca pela certeza. Embora se refira à tutela antecipada, o atento comentário do ilustre processualista pode ser estendido à categoria das tutelas sumárias cautelares de urgência, como se vê adiante:

> "Talvez sem muita convicção dos que a idealizaram, a tutela antecipada passa a sofrer os efeitos e a constituir o instrumento de uma profunda mudança de paradigma na concepção da função que a administração da justiça deve desempenhar na solução dos conflitos entre os indivíduos. Aproximando-se dos países da *common law*, também o processo dos países da *civil law* passa a dar grande relevo à f unção pacificadora da administração da justiça, exercida através de decisões provisórias, em muitos casos muito mais importante do que a tardia revelação da certeza do direito das partes agasalhado pelo ordenamento jurídico. Mais proveitosa do que a busca dessa certeza é a rápida solução do litígio através de uma cognição menos segura, todavia mais expedita. A celeridade ganha expressamente foros de direito fundamental e induz o direito processual a criar procedimentos de cognição sumária, aptos a tutelar todas as espécies de situações jurídicas através de suficientes juízos de probabilidade, para que a busca da nem sempre alcançável certeza, através de um procedimento de cognição exaustiva que dificilmente conduzirá a um juízo diverso, não submeta a parte que tem razão a um injusto retardamento no acesso à tutela do seu direito".

Ante essa nova tendência, acreditamos que a reunião das providências cautelar e antecipatória sob um mesmo gênero contribuirá para que o ordenamento processual brasileiro seja dotado de instrumental capaz de responder, eficazmente, aos anseios fortemente manifestados pelos jurisdicionados por uma tutela que tenha plena aderência à realidade social.

---

[3] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (tentativa de sistematização)**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p.127, vide nota 52.

[4] GRECO, Leonardo. **A função cautelar.** s. n., março de 2007, p.6.

Não temos dúvida de que esse instrumental somente será propiciado através do estabelecimento de um tratamento legislativo que efetivamente vise sistematizar as tutelas sumárias cautelares de urgência.

Antes de se analisar propriamente o esboço legislativo sugerido, faz-se necessária uma breve abordagem da tutela cautelar à luz do direito comparado, bem como do sistema vigente em 1939 e do existente a partir de 1973, além de serem descritas as notas essenciais da providência cautelar.

Por oportuno, importante assinalar que celeridade não é sinônimo de urgência, conforme ensina o insigne Leonardo Greco[5]. A busca de um processo célere significa apenas o desejo de a tutela ser concedida no menor tempo possível. Visa-se apenas a acelerar a prestação jurisdicional, não havendo fundamento numa situação objetiva de perigo.

Para que delimitemos bem o objeto de nosso estudo, vale destacar, com arrimo na valiosa lição do referido jurista,[6] que a tutela da situação de urgência pode ter vários fundamentos, como as características específicas dos sujeitos postulantes (ex.: idosos – art. 71 do Estatuto do Idoso, entidades públicas – *v.g.* o art. 816 do CPC); a relevância do direito substancial em questão (ex.: procedimentos do mandado de segurança e ação de alimentos), e o perigo iminente de lesão grave ou de difícil reparação, que justifica a tutela cautelar.

Assim, ao nos referirmos, no presente artigo, à tutela de urgência, fazemos menção estrita à proteção jurisdicional de natureza cautelar (provisória e instrumental) que visa conjurar o *periculum in mora*.

Desse modo, compreendemos a tutela de urgência, de raízes constitucionais fincadas no artigo 5º, XXXV[7], enquanto proteção jurisdicional que evita que o decurso do tempo venha a prejudicar a solução definitiva do litígio, mediante a conservação de coisas ou pessoas, bem como pela antecipação provisória dos efeitos da tutela definitiva[8]. Assim, referir-se-á à tutela cautelar como cautelar conservativa e, à tutela antecipada, como cautelar antecipatória. Para nós, a tutela antecipatória fundada no *periculum in mora* (art. 273, I, CPC) é de natureza cautelar, vez que cumpre requisitos ontologicamente cautelares (instrumentalidade e provisoriedade).

No entanto, ainda que se rejeite a natureza cautelar da antecipação dos efeitos práticos da tutela final, não se pode negar que há grande afinidade entre as referidas medidas, sendo fortemente positivo que haja uma unificação na disciplina normativa que disponha sobre as mesmas.

Não é outro o entendimento de Leonardo Greco, ao pontuar que, ao tutelar as situações de perigo, "*a tutela cautelar e a tutela antecipada tendem a unificar-se sistematicamente, beneficiando-se uma e outra dos princípios e regras que à primeira vista poderiam parecer afetar apenas a uma delas*"[9].

É tendo em mente tais considerações que serão feitas algumas reflexões sobre o esboço de Anteprojeto elaborado pelo incansável Athos Gusmão Carneiro.

---

[5] GRECO, Leonardo, **A função da tutela cautelar**, s.n., 2007. p.1-2.

[6] GRECO, Leonardo, **A função da tutela cautelar**, s.n., 2007.p.2

[7] Dita o citado inciso que: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

[8] Nesse sentido, RUANOBA, Sebastian Watenberg. Fungibilidade das tutelas de urgência antecipatória e cautelar no processo civil brasileiro. *Revista de Processo*. São Paulo, n. 148, p. 325, jun. 2007.

[9] GRECO, Leonardo. **A função da tutela cautelar.** s. n., 2007. p. 4

2 A TUTELA CAUTELAR

2.1 A TUTELA CAUTELAR NO DIREITO COMPARADO

Como antecedentes da tutela cautelar, a doutrina[10] indica os interditos romanos, expedidos pelos pretores, que, em geral, determinavam ordens de proibição.

Nesse ponto, importante destacar que se deve à doutrina processual italiana o pioneirismo no desenvolvimento científico da tutela cautelar. Foi no início do século XX, mediante as valiosas lições de Chiovenda - o primeiro a atribuir autonomia à função cautelar, que as luzes foram voltadas para a providência cautelar. Piero Calamandrei, em sua magistral obra denominada *Introduzione allo studio sistemático dei provvedimenti cautelari*, de 1936, foi um dos principais artífices da sistematização das medidas cautelares, conforme ensina Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho[11]. Anos antes, em 1926, Carnelutti elaborou o que ficou conhecido como "Projeto Carnelutti" que, à semelhança do sistema austríaco, deixava ao juiz a escolha da via cautelar adequada. [12]

Visualizam-se no direito alienígena moderno, em matéria de tutela cautelar, dois grandes grupos: o primeiro, identificado pelo direito inglês e alemão, que se limitam a consagrar o poder cautelar genérico, sem referências a tutelas específicas, que se compreendem naquele; e o segundo, em que há a previsão de um poder cautelar genérico e medidas específicas, a exemplo do ordenamento italiano e português, tal como o nosso regime atual. Na França, embora haja meios específicos de cautelares, há dois institutos (*ordonnance de refere* e *ordonnace sur requéte)* de grande relevância prática, pelos quais se veicula o poder cautelar geral.[13]

Numa breve análise de como o direito comparado tutela a situação de urgência, chega-se à conclusão de que tal proteção é garantida, em regra, por um único dispositivo, mediante o qual é possível postular medidas de caráter conservativo e provisoriamente satisfativo. É o que se vê na Espanha, com o art. 1428 da *Ley de Enjuiciamento Civil*, em

---

[10] RUANOBA, Sebastian Watenberg. Fungibilidade das tutelas de urgência antecipatória e cautelar no processo civil brasileiro. *In:* Revista de Processo, n. 148, ano 32, . p. 327, jun.de 2007. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (tentativa de sistematização)**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 33. Galeno Lacerda (LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo Civil**, vol. VIII, tomo I. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p 82) aponta como fontes remotas do poder cautelar geral, além dos interditos romanos, as *inhibitiones* germânicas e a *injunction* preliminar inglesa.

[11] CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de.Constituição, Medidas Cautelares e Ordem Pública, *in Acesso à Justiça, Efetividade do Processo*, Geraldo Luiz Mascarenhas Prado (coord.), Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 233. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (tentativa de sistematização)**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 33.

[12] Galeno Lacerda (**Comentários ao Código de Processo Civil**, vol. VIII, tomo I. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 2, afirma que se deve à Carnelutti, em obra datada de 1958, e a Liebman, em trabalho de 1954, a tomada de posição mais autorizada sobre a matéria, reforçando a idéia de que a tutela cautelar consistiria em um *tertium genus.*

[13] LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo Civil**, vol. VIII, tomo I. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 83.

Portugal, mediante o art. 381, 1º (em vigor desde 1997), na Itália[14], com base no art. 700 do *Codice di Procedura Civile*, e na Alemanha, ante o disposto no §940 da ZPO. Ademais, o Código de Processo Civil Modelo para Iberoamérica, de 1988, disciplina o poder geral de cautela no artigo 280, por meio do qual é possível a concessão de medidas antecipatórias.[15]

Assim, diferentemente do que ocorre entre nós, a doutrina estrangeira não se preocupa em precisar eventuais diferenças existentes entre as medidas cautelares e antecipatórias.[16]

2.2 NOTAS ESSENCIAIS DA CAUTELARIDADE

Antes de ser analisada a proposta de alteração legislativa, é preciso ter a exata compreensão do fenômeno cautelar, para que se possa entendê-lo de forma ampla, de modo a conferir a utilidade desejada a todo instituto da ciência processual.

Ao falar-se em notas essenciais da tutela cautelar, quer-se referir àqueles aspectos que revelam a identidade dessa tutela, isto é, às características que conformam, configuram a tutela jurisdicional como cautelar. Pode-se dizer, pois, que revelam seus traços distintivos.

Entendendo-se o fenômeno cautelar de forma ampla, tal como sustentado por Calamandrei e proclamado por José Roberto dos Santos Bedaque[17], aqui tantas vezes referido, a cautelaridade é encontrada em todo provimento provisório e instrumental, isto é, que não tem aptidão para resolver, em definitivo, o litígio, estando sempre a serviço de uma tutela jurisdicional definitiva, cuja efetividade visa resguardar.

Ainda que possam ser identificados conteúdos executivo e cognitivo na tutela cautelar[18], esse provimento é caracterizado por ser provisório (ou interino, no sentido de jamais possuir caráter definitivo, não constituindo a regra definitiva para a relação de direito material subjacente ao processo), e por sua estrutura legal revelar a existência de um liame com o provimento final (instrumentalidade).

---

[14] Vale comentar que a última grande reforma do processo civil italiano, realizada em 1990, trouxe modificações relevantes no sistema da tutela de cognição sumária, no qual assume importância o caráter sancionatório das medidas, tendo em conta o comportamento das partes, e a possibilidade de os pronunciamentos antecipatórios e interinos adquirirem estabilidade, mesmo após a extinção do processo sem concessão da tutela principal.

[15] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (tentativa de sistematização)**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 43-45.

[16] Nesse ponto, vale transcrever uma das observações de Bedaque (**Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (tentativa de sistematização)**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 60), acerca da doutrina existente no direito inglês: "Algumas observações a respeito dessa modalidade de tutela provisória do direito inglês parecem relevantes. A primeira delas consiste no tratamento dado ao tema pela doutrina. Pouca ou nenhuma importância assume no sistema o caráter meramente conservativo ou antecipatório da medida. O que importa é a provisoriedade, elemento fundamental para distingui-la das medidas definitivas, destinadas a dar solução ao direito controvertido. E todas as medidas provisórias são tratadas indistintamente como cautelares". O que se coloca como relevante, para a doutrina estrangeira, é o fato de o sistema processual de cada país contar com mecanismos processuais que, apesar da diversidade terminológica, preserva o direito afirmando, podendo, para tanto, até mesmo antecipar alguns de seus efeitos.

[17] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (tentativa de sistematização)**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 129, 135 e 140.

[18] GRECO, Leonardo. **A função cautelar.** s. n., março de 2007, p. 6.

Acredita-se que, em que pese a existência de divergência doutrinária acerca do real atributo da tutela cautelar, se a provisoriedade ou a temporariedade[19], o importante é estabelecer que a medida cautelar é inidônea para resolver de modo definitivo o caso concreto levado ao Estado-Juiz. Assim, ainda que as partes acabem se conformando com o resultado obtido no processo cautelar, não propondo a pertinente demanda principal, o provimento proferido em sede cautelar, apesar de faticamente definitivo, não o será no plano jurídico, dada a incompletude da cognição que precedeu a decisão, tornando-a incapaz de produzir coisa julgada.

Nesse passo, merece ser registrado que a eventual satisfatividade do provimento cautelar nada tem de incompatível com a provisoriedade que lhe é peculiar. Nada impede que algo seja, ao mesmo tempo, satisfativo e provisório, pois, ainda que o provimento cautelar atribua a uma das partes os efeitos práticos pretendidos com a tutela principal, essa eficácia será provisória, não tendo o condão de consistir no acertamento definitivo da situação de direito material examinada no processo. O que não se pode admitir é que essa satisfatividade tenha caráter definitivo, pois sua concessão pode ter sido realizada sem observância dos preceitos processuais insculpidos na Constituição, como o contraditório e a ampla defesa.[20]

Leonardo Greco[21] expressa, com lucidez e maestria, perfeita compreensão do fenômeno cautelar, tal como ora proposto, ao ressaltar a inexistência de incompatibilidade entre a satisfatividade e a provisoriedade das medidas cautelares, nos seguintes termos:

> "*Esta* [a provisoriedade] *significa tão somente que a regulação do direito material porventura determinada pela medida cautelar não se destina a vigorar em definitivo, mas apenas temporariamente, devendo posteriormente ser substituída pela decisão que sobre a mesma matéria for dada na jurisdição de conhecimento, completa e regular. Pouco importa que a medida cautelar seja irreversível ou que invista desde logo o requerente no gozo exaustivo do bem da vida ou do direito material. Se a medida cautelar é irreversível e o gozo do bem da vida com a sua efetivação se exauriu, a não propositura da ação principal poderá ensejar para o requerente a responsabilidade pelas perdas e danos previstas no art. 811 do Código de Processo Civil, caso se comprove que a efetivação da medida cautelar causou algum prejuízo juridicamente relevante a outrem. Se ninguém sofreu prejuízo jurídico decorrente da sua concessão ou se preferiu não persegui-lo, a medida cautelar terá*

[19] Ovídio Baptista (SILVA, Ovídio A. Baptista. **Teoria Geral do Processo Civil**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 345), nesse ponto, acredita que a lição do mestre Calamandrei quanto à provisoriedade da tutela cautelar não é exata, porque, em verdade, a cautelar não seria provisória, mas temporária, no sentido de que não precisa ser substituída por outra tutela, mas teria efeitos limitados no tempo em razão da cessação do estado perigoso. Arrimado nessa tese, Ovídio sustenta ser possível formular um princípio *bastante controvertido na doutrina moderna do processo cautelar,* qual seja, a possibilidade de o processo cautelar ser autônomo, *dispensando a parte de promover, após a concessão da medida cautelar, o processo principal.*

[20] Nesse diapasão, a irreparável lição de Bedaque (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (tentativa de sistematização)**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 94).

[21] GRECO, Leonardo. **A função cautelar.** s. n., março de 2007, p**.** 3.

> *regulado a situação jurídica de modo definitivo apenas do ponto de vista prático. De qualquer modo, a medida cautelar preservou a sua provisória eficácia jurídica, que poderá a qualquer tempo ser substituída pela regulação definitiva da situação fato-jurídica em outra decisão de cognição mais ampla".*

É possível que o que mais tenha contribuído para que a doutrina nacional se mostre, ainda hoje, de forma majoritária, fortemente contrária à possibilidade da tutela cautelar ter eficácia antecipatória tenha sido a prática, observada em todo o País, a partir das crises econômicas provocadas pela valorização do petróleo no mundo[22], de se postular medida satisfativa definitiva por meio do procedimento cautelar, único, àquela época, a contar com o provimento liminar. Comenta-se que, nesse período, o poder geral de cautela, disciplinado pelo art. 798 do CPC, foi utilizado como fundamento para tudo o que fosse considerado urgente[23]. Houve, assim, uma indiscriminada concessão de liminares satisfativas disfarçadas de cautelares, realizada, no mais das vezes, com o sacrifício das garantias constitucionais.

Importante consignar que José Roberto dos Santos Bedaque, refere-se ao fenômeno da utilização indiscriminada do poder geral de cautela como o *"principal motivo por que a doutrina nacional rejeita a cautelar antecipatória, tal como imaginada por Calamandrei, bem como tende a restringir esta modalidade de tutela àquelas medidas de natureza meramente conservativa"* [24].

No entanto, a doutrina se voltou contra as chamadas 'cautelares satisfativas', cunhando-as de 'promíscuas', 'contradição em termos', sem compreender, no entanto, que o problema não residia no fato de a cautelar possuir efeitos satisfativos, mas de ser tida como a solução definitiva do litígio. Na verdade, as 'cautelares satisfativas', tão combatidas por nossos juristas, nada tinham de cautelares, justamente por lhes carecer a característica essencial da provisoriedade. Vários são os dispositivos legais que estabelecem a estrutura necessariamente provisória da tutela cautelar, tais como os arts. 273, §2º e 4º, 805 e 807, do CPC.

Justamente como forma de resposta aos retumbantes clamores por um procedimento ordinário expedito, a tutela de urgência sofreu expansão com a previsão genérica da possibilidade de antecipação dos efeitos práticos pretendidos com a sentença, o que se deu mediante a promulgação da Lei nº 8.952/94, de 13.12,1994, diploma legal ao qual a doutrina atribuiu o grande mérito de eliminar a malsinada 'cautelar satisfativa'.

Por ora, não se pode perder de vista que as notas essenciais da providência cautelar são a provisoriedade e a instrumentalidade.

2.3 A TUTELA CAUTELAR NO CPC DE 1939

Primeiramente, relevante sublinhar que, antes da vigência do Decreto-Lei 1608, de 18.09.1939, o ordenamento processual brasileiro consistia num sistema pluralista, em que

[22] GRECO, Leonardo. **A função cautelar.** s. n., março de 2007, p. 2.

[23] FUX, Luiz.**Tutela de segurança e Tutela da Evidência.** São Paulo: Saraiva, 1996. p. 62.

[24] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (tentativa de sistematização)**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p 297.

cada Estado tinha o seu próprio Código[25], que, na maioria dos casos, replicava a disciplina contida no Regulamento nº 737, de 25.11.1850, primeira lei de caráter processual do País, dispondo, em seus 743 artigos, sobre o processo, a execução e os recursos judiciais.

O Regulamento 737 decorreu de determinação do Código Comercial (Lei nº 556, de 25.06.1850), no sentido de serem baixados regulamentos para fins processuais. Inicialmente, esse diploma legal só tratava de processos comerciais, passando, em 1890, após a proclamação da República, a dispor também sobre o processo civil. Antes disso, em 1876, foi elaborada, por ordem do Governo Imperial, uma compilação das leis processuais então existentes, conhecida por Consolidação Ribas, em virtude do responsável por sua criação, o grande professor e jurista Antônio Joaquim Ribas.

Dentre os dezoito títulos integrantes da primeira parte do Regulamento, seu título VII dispunha sobre os processos preparatórios, incidentes e preventivos.

A unidade da legislação processual só foi adotada entre nós com o advento da Constituição Federal de 1934, que retirou dos Estados federados a competência para legislar sobre o processo civil. Apesar de as Disposições Transitórias da Carta Constitucional terem determinado a elaboração, por uma comissão de três juristas, de um projeto de Código de Processo Civil e Comercial num prazo de três meses, contado da promulgação da Constituição, o referido diploma processual só foi editado em 18.09.1939, por meio do Decreto-Lei 1608, o Código de Processo Civil, conhecido por Código Unitário.

O CPC de 1939 disciplinava a tutela cautelar em seu Livro V, denominado "Dos Processos Acessórios", composto por nada mais, nada menos do que vinte e três títulos (art. 675 a 781). Não por outro motivo, o diploma era criticado por possuir uma distribuição assistemática de títulos[26].

Conforme informado por Galeno Lacerda[27], acessoriedade significava mais do que cautelaridade, havendo, dentre os procedimentos acessórios do Livro V do CPC/39, processos não cautelares, como os embargos de terceiros, a habilitação de sucessores, a restauração de atos, dentre outros.

O Título I do Livro V cuidava das "medidas preventivas", previstas nos artigos 675 a 688. Pontes de Miranda[28] destacou a impropriedade da denominação, considerando melhor referir-se a 'procedimentos de segurança', como muitos processualistas já o faziam àquela época.

O poder geral de cautela encontrava expressão no art. 675[29].

---

[25] Com fundamento em permissivo estabelecido na primeira Constituição Republicana, de 1891. Vale destacar que Dinamarco (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 2 ed. São Paulo: RT, 1986, p. 55) só considerava bons os códigos promulgados pelos estados de São Paulo e Bahia

[26] Nesse sentido: LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo Civil**, vol. VIII, tomo I. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p.5.

[27] LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo Civil**, vol. VIII, tomo I. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p.6. O jurista esclarece que os processos acessórios se subdividem em processos preventivos (com natureza cautelar); preparatórios (sem natureza cautelar) e incidentais (cautelares ou não).

[28] MIRANDA, Pontes de**. Comentários ao Código de Processo Civil,** tomo VIII. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. p. 286.

[29] Art. 675 – "*Além dos casos em que a lei expressamente o autoriza, o juiz poderá determinar providências para acautelar o interesse das partes: I- quando do estado de fato da lide surgirem fundados receios de rixa ou violência entre os litigantes; II- quando, antes da decisão, for provável a ocorrência de atos capazes de causar*

Com relação às medidas específicas, o art. 676 enumerava as seguintes: arresto, seqüestro, busca e apreensão, cauções, exibição, vistorias, arbitramentos e inquirições *ad perpetuam memoriam*, obras de conservação em coisa litigiosa, alimentos provisionais, arrolamento e entrega de objetos ou de uso pessoal da mulher e dos filhos. O art. 679 referia-se, ainda, ao depósito de (i) menor que contraísse matrimônio contra a vontade dos pais, de (ii) menores ou incapazes maltratados pelo responsável ou por eles induzidos à prática de atos contrários à lei ou à moral, e de (iii) incapazes sem representantes legais.

Havia previsão de procedimentos específicos para caução (arts. 690 a 692); homologação do penhor legal (arts. 693 a 696); especialização de hipotecas legais (arts. 697 a 703); atentado (arts. 712 a 716); falsidade de documentos (arts. 717 a 719); protestos, notificações e interpelações e protestos formados a bordo (arts. 720 a 724); protesto e apreensão de títulos (arts. 730 a 734), justificação (arts. 735 a 738) e posse em nome do nascituro (arts. 739 a 741), dentre outros.

A responsabilidade do vencido foi tratada no art. 688 do CPC/39, tendo sido implantado um sistema misto (objetiva e subjetiva).

Ante as severas críticas lançadas pela doutrina ao CPC como um todo e o surgimento de várias leis extravagantes, tornou-se necessária a reformulação do Código de 1939.

2.4 A TUTELA CAUTELAR NO CPC DE 1973

Após o grandioso trabalho realizado pelos juristas Alfredo Buzaid, José Frederico Marques e José Carlos Moreira Alves, entre outros, em 11 de janeiro de 1973 foi promulgado o Código de Processo Civil, revogando o vetusto Código Unitário de 1939.

A grande particularidade do Código de 1973, inexistente em qualquer outra legislação do mundo – mesmo as de maior tradição jurídica, como Alemanha, Áustria, Portugal e Itália[30] -, foi o destaque conferido ao processo cautelar, posto no mesmo plano dos processos de conhecimento e de execução. Por essa razão, houve autorizada voz na doutrina que o considerou situado na "vanguarda das codificações modernas" [31].

Influenciado pelas obras de Calamandrei, Carnelutti e Coniglio[32], publicadas, respectivamente, em 1936, 1926 e 1927, nosso legislador disciplinou o processo cautelar, reconhecendo-o como tutela jurisdicional autônoma.

O regime legal destinado ao processo cautelar foi estruturado da seguinte forma: Título Único – "Das Medidas Cautelares"; Capítulo I – "Das Disposições Gerais" (art. 796 a

---

lesões, de difícil e incerta reparação, no direito de uma das partes; III- quando, no processo, a uma das partes for impossível produzir prova, por não se achar na posse de determinada coisa".

[30] LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo Civil**, vol. VIII, tomo I. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p.1.

[31] LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo Civil**, vol. VIII, tomo I. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 2.

[32] LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo Civil**, vol. VIII, tomo I. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 3. O ilustre jurista gaúcho revela que a denominação do Livro III resultou da adoção, por Buzaid, da lição de Carnelutti. Veja-se, também, os próprios comentários de Buzaid acerca do assunto no item 7 da Exposição de Motivos do CPC.

812); e Capítulo II – "Dos Procedimentos Cautelares Específicos" (arts. 813 a 889), dividido em quinze seções.

É sabido que, no campo doutrinário, foram formuladas diversas classificações das medidas cautelares[33], estimuladas, provavelmente, pelo extenso rol de medidas típicas previstas pelo Código de Processo Civil a partir do artigo 813.

Galeno Lacerda[34], baseado em Calamandrei[35], mas à luz do ordenamento brasileiro, apresenta uma das classificações mais prestigiadas que, quanto à finalidade, classifica as medidas cautelares em (i) medidas cautelares de segurança quanto à prova (ex.: exibição de documento ou coisa; produção antecipada de prova e justificação), (ii) medidas cautelares de segurança quanto aos bens, subdivididas em medidas coercitivas de garantia (arresto, seqüestro, caução, busca e apreensão e arrolamento) e cautelas inibitórias (atentado, conservação em coisa litigiosa, a entrega de bens, o afastamento de filho, o depósito de menores e a interdição ou demolição, (iii) medidas cautelares mediante antecipação provisória da prestação jurisdicional (alimentos provisionais, guarda de filhos, depósito de menores, separação de corpos e interdição ou demolição). Por fim, refere-se a (iv) medidas de jurisdição voluntária, receptícias ou de mera documentação (protestos, notificações e interpelações; homologação de penhor legal; posse em nome do nascituro e o protesto e apreensão de títulos).

Pode-se afirmar que, sob a égide do CPC de 1973, em que pese não representar novidade, vez que já prevista no Código de Processo Civil de 1939, a tutela cautelar renasceu, sendo regida de forma mais organizada e minuciosa.

No entanto, muitos que inicialmente consideraram o Livro III resultado de um extraordinário avanço legislativo, sem similar no direito comparado, sobretudo devido à autonomia procedimental que conferiu à ação cautelar, passaram a tê-lo como fonte de complicações práticas[36], reconhecendo a desnecessidade, muitas vezes, de a medida cautelar ser postulada somente por meio de um processo autônomo.

3 O ESBOÇO DE ANTEPROJETO DO CPC – LIVRO III

[33] Lacerda (**Comentários ao Código de Processo Civil**, vol. VIII, tomo I. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.p. 8 chega a dizer que 'cada processualista possui classificação própria e pessoal do assunto.

[34] LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo Civil**, vol. VIII, tomo I. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 8-17.

[35] Em sua magistral obra *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelaris,* de 1936, Piero Calamandrei classificou os provimentos cautelares em a) procedimentos instrutórios antecipados; b) procedimentos dirigidos a assegurar a execução forçada, d) antecipação dos provimentos decisórios e e) cauções processuais, conforme informa Luis Gustavo G. C.de Carvalho (CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho. Constituição, Medidas Cautelares e Ordem Pública, *in Acesso à Justiça, Efetividade do Processo*, Geraldo Luiz Mascarenhas Prado (coord.), Rio de Janeiro, 2005, p. 327).

[36] Nesse sentido, Galeno Lacerda apud BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (tentativa de sistematização)**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 197.

Ao manifestar as razões que o motivaram a propor a reformulação do Livro III do CPC, Athos Gusmão Carneiro[37] assevera que:

> [...] não mais subsistem os motivos, principalmente de ordem doutrinária, que levaram o legislador e 1973 a enquadrar o procedimento das medidas cautelares (entre as quais estão incluídas providências ditas cautelares inominadas, e algumas sem nenhum caráter de cautelaridade) às culminâncias de um processo autônomo, ao lado do processo de conhecimento e do processo de execução.
>
> [...]
>
> Parece uma demasia, no entanto, na etapa atual de modernização do direito processual – voltado mais à eficiência e à instrumentalidade das atividades processuais do que a considerações apenas de caráter teórico – qualificar tal função cautelar, que é subsidiária, acessória, como se fora um verdadeiro *tertium genus*, a par do processo de conhecimento e do processo de execução.

O referido autor ressalta que, após a promulgação da Lei 8952/94, que instituiu a medida antecipatória incidentemente ao procedimento comum ordinário, *"tornou-se incongruente exigir um 'processo' em apartado, com autuação, citação, contestação etc., para que qualquer das partes possa postular, no curso da demanda, a concessão de medida cautelar"* [38].

Desse modo, o esboço legislativo prevê a possibilidade de as medidas cautelares incidentais serem requeridas sem necessidade de um 'processo' autônomo.

Ademais, a proposta estabelece que as medidas antecipatórias também possam ser requeridas antes do ajuizamento da demanda.

Para que se compreenda a estrutura sugerida, cabe assinalar que o Livro III, denominado "Da Tutela de Urgência", passaria a ser dividido da seguinte forma: **Título I** – **"Das Medidas Cautelares e Antecipatórias"**, **Capítulo I** – "Das Disposições Gerais", **Capítulo II** – "Das Medidas Cautelares", **Capítulo III** – "Das Medidas Cautelares Específicas", (subdividindo-se em XIV seções), **Capítulo IV** – "Das Medidas Antecipatórias" (com duas seções - Das Medidas Antecipatórias e Dos Alimentos Provisionais); e **Título II** – Dos Processos de Urgência, **Capítulo I** – "Dos Direitos Personalíssimos" e **Capítulo II** – De Outras Medidas de Urgência.

Além da modificação do próprio Livro III, o esboço dá nova redação aos artigos 270 e 273 do CPC. Quanto ao primeiro, o dispositivo passará a prever que o Código *regula o processo de conhecimento (Livro I), o processo de execução (Livro II , a tutela de urgência (Livro III) e os procedimentos especiais (Livro IV).* O artigo 273, por sua vez, passará a dispor que:

---

[37] CARNEIRO, Athos Gusmão. Tutela de urgência. Medidas Antecipatórias e Cautelares. Esboço de Reformulação Legislativa, *In: Revista de Processo,* Rio de Janeiro, n. 140, p. 72, out. 2006.

[38] CARNEIRO, Athos Gusmão. Tutela de urgência. Medidas Antecipatórias e Cautelares. Esboço de Reformulação Legislativa, *In: Revista de Processo,* Rio de Janeiro, n. 140, p. 73, out. 2006.

> Art. 273 – O juiz poderá, a requerimento da parte, no início do processo ou durante seu curso, antecipar total ou parcialmente os efeitos da tutela (art. 881-A), bem como deferir medidas cautelares (art. 804).
> §1º Concedida ou não a antecipação de tutela, o processo prosseguirá até final julgamento.
> §2º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, caso presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental.

Como o esboço promove uma série de alterações do Livro III do CPC, importante enumerar as principais modificações:

a) possibilidade de o processo antecedente ser ajuizado no foro onde se encontrem os bens objeto da lide ou da prova, sem que tal ajuizamento firme prevenção (art. 800, do Esboço);
b) definição de qual o juiz competente para conhecer das medidas de urgência no tempo que medeia a prolação da sentença/acórdão e a interposição e recebimento do curso cabível (art. 800, §§1º e 2º, do Esboço);
c) tentativa de conciliação das partes, pelo juiz, por ocasião da audiência realizada no processo antecedente (art. 803, do Esboço);
d) apensamento dos autos do procedimento cautelar ou antecipatório ao processo principal, depois de ajuizada a ação de conhecimento, sendo proferidos no processo principal os despachos e as decisões alusivas à medida de urgência (art. 806-A, do Esboço);
e) possibilidade de a decisão concessiva da antecipação de tutela revestir-se de eficácia de sentença definitiva, desde que o requerido não tenha impugnado o pedido e não ajuize ação que vise à sentença de mérito (art. 881-D, do Esboço);
f) extinção do processo após a concessão da liminar antecipatória, em se tratando de direito personalíssimo, quando tal deferimento implicar mudança no plano material, sem que haja produção de coisa julgada substancial (art. 881-G, do Esboço);
g) previsão de ampla fungibilidade entre as medidas cautelares e antecipatórias, bem como entre as medidas específicas e as postuladas com base no poder geral de cautela. (arts. 796, parágrafo único e 798, parágrafo único, do Esboço);
h) possibilidade de o juiz ressalvar a eficácia da medida cautelar até o trânsito em julgado da sentença, hipótese em que não haverá a cessação de sua eficácia quando o processo principal for julgado improcedente (art. 808, III, do Esboço);
i) revogação do disposto na redação original do art. 808, parágrafo único do CPC, que proibia a formulação de pedido cautelar sob o mesmo fundamento do anterior, caso tenha cessado, por qualquer motivo, a eficácia dessa medida;
j) previsão de que a obrigatoriedade de ser intentada a ação principal, preservando a eficácia da medida cautelar, não se aplica aos casos de procedimento cautelares de antecipação de provas (art. 808, parágrafo único, do Esboço);
l) previsão da medida cautelar específica "da indisponibilidade de bens" (art. 821 –A, do Esboço);

m) possibilidade excepcional de a medida antecipatória poder ser concedida nos casos de irreversibilidade, quando seu indeferimento acarretar a extinção do próprio direito ou se a irreversibilidade apresentar-se recíproca, prevendo que em tais hipóteses o juiz deverá aplicar, com prudência, o princípio da proporcionalidade (art. 881-B, do Esboço).

3.1 ANÁLISE DO ESBOÇO DE ANTEPROJETO DO CPC – LIVRO III

Em primeiro lugar, registre-se que, devido ao fato de a alteração legislativa em comento ter sido proposta recentemente, a doutrina processual ainda não se manifestou sobre a mesma, com exceção de Leonardo Greco[39], que, em artigo inédito sobre a função cautelar, dedica importantes páginas à análise do esboço preconizado por Athos Gusmão.

3.1.1 PONTOS POSITIVOS DO ESBOÇO

Consideramos como meritórias as alterações propostas, destacadas no tópico 3, relativas à fixação da competência no foro do local dos bens ou das provas, para as medidas de urgência antecedentes[40]; à possibilidade de os despachos e decisões alusivas à medida antecedentes serem proferidos nos autos do processo principal, depois do ajuizamento deste[41]; à ampla fungibilidade entre as medidas de urgência e entre as medidas cautelares específicas e inominadas; às alterações promovidas no art. 808 do CPC e à mitigação da exigência da reversibilidade dos efeitos da tutela antecipatória.

Com relação à fungibilidade entre as medidas de urgência, andou bem o esboço, ao dispor que *"o pedido de uma medida antecipatória ou cautelar em lugar de outra, salvo na hipótese de má-fé ou erro grosseiro, não obstará que o juiz conheça do pedido e outorgue a proteção legal correspondente àquela cujos pressupostos encontre provados"* (art. 796, parágrafo único).

---

[39] GRECO, Leonardo. **A função cautelar.** s. n, março de 2007. p.19-21.

[40] Sobre essa questão, o admirável Pontes de Miranda (Miranda, Pontes. **Comentários ao Código de Processo Civil**, tomo XII, ed.. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1974. p. 59) já havia aventado a solução ora propugnada pelo esboço, ao ponderar que: "O problema técnico da determinação da competência para o arresto e as outras medidas cautelares sempre preocupou os velhos juristas. Se não há perigo na demora, claro que a competência cabe ao juiz da futura demanda, ou da lide pendente. Se a medida cautelar, retardando-se, ou não sendo pedida e concedida imediatamente, **onde se acha o objeto a que ela se refere,** perderia toda pertinência ou estaria quase completamente sacrificada, como se o devedor está a fugir com os bens. Assim, autores extraindo do direito português o princípio de que o juiz incompetente pode conhecer da medida preventiva, se houvesse perigo na demora, se o devedor estava a fugir e no caso de flagrante delito" (grifo nosso). Assim, o grande jurista acreditava que a regra do art. 800, CPC não eliminava esse entendimento.

[41] Greco, no artigo citado, reconhece que tal possibilidade já vem sendo efetuada com freqüência, no que tange ao pedido de revogação da medida cautelar, feito nos próprios autos da ação principal. Veja –se: "Tem ocorrido com freqüência, também, o requerimento de revogação de medida cautelar nos próprios autos da ação principal, embora aquela tenha sido concedida em autos apartados. Se o fundamento suscitado não exigir dilação probatória, nem o contraditório que nele deverá ser assegurado for de índole a tumultuar a marcha normal do processo, é perfeitamente adequada a decisão do requerimento nos próprios autos principais. Afinal, se à juntada de qualquer documento por uma parte o juiz precisa ouvir a outra (CPC, art. 398), a audiência bilateral a respeito de qualquer questão não pode, por si só, ser considerada nociva à marcha normal do processo". (p. 8). No entanto, o esboço prevê, em seu art. 809, que o juiz pode determinar que os pedido de modificação ou revogação sejam autuados em apenso, admitindo, a nosso ver, a possibilidade de tal pleito causar tumulto à marcha processual.

Dessa forma, mais do que solucionar problemas meramente terminológicos, a referida disciplina da fungibilidade permite que o juiz conceda a medida mais adequada à situação material. Nesse sentido, o insigne Bedaque[42] já advertia que

> também é preciso deixar claro que a fungibilidade não está limitada apenas a problemas terminológicos. A adequação a ser feita pelo juiz é da própria medida, deferindo aquela mais apta a afastar o risco de inutilidade da tutela final. Nada obsta, portanto, que diante de pedido de antecipação de efeitos, o juiz defira tutela meramente conservativa e vice e versa [...]

Sobre a salutar fungibilidade entre as medidas cautelares específicas e as inominadas, a previsão vai ao encontro do pensamento doutrinário majoritário[43], a exemplo do que já admitia Galeno Lacerda[44], quanto ao uso de medidas inominadas, ainda que a situação jurídica pudesse ser tutelada por providência típica, *"sempre que os pressupostos se apresentem de modo diverso dos legalmente previstos para estas últimas"*.

No que pertine à revogação, pela proposta legislativa em exame, do disposto no parágrafo único do art. 808[45], acredita-se, com arrimo na lição irreparável de Greco[46], que a alteração extirpa do ordenamento uma disposição que atentava contra a efetividade da tutela jurisdicional, vez que o mero fato de o pedido cautelar ter sido anteriormente apresentado e

---

[42] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (tentativa de sistematização)**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p.338.

[43] Sustentando posição minoritária, veja-se Alexandre Freitas Câmara (CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**, vol.III. 10 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Editora, 2006. p. 7): "[...] Não há norma autorizando o Estado-Juiz a prover fora do pedido no processo cautelar. Deve-se observar, pois, o princípio da adstrição da sentença ao pedido, previsto expressamente no CPC para o processo de conhecimento, mas aplicável também aos processos executivos e cautelares. Assim, tendo o demandante pedido medida cautelar inadequada para solucionar a situação de crise por ele narrada em sua petição inicial, deverá o juiz considerá-lo 'carecedor de ação', por falta de interesse de agir'. Não concordamos, com o devido respeito, com tal posicionamento, conforme demonstrado no texto. A nós nos parece irretocável o que preconiza Greco (**A função cautelar.** s.n., março de 2007, p. 17: "Precisa é a lição de Arruda Alvim: se não couber uma medida típica (ex. arresto), cabe uma medida atípica de efeitos equivalentes. As raízes constitucionais a justificam. Em face do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, a não concessão da medida cautelar configura inconstitucionalidade, por negativa de uma prestação jurisdicional útil". Consentânea com a preocupação acerca dos limites do poder geral de cautela é também a lição de Greco, mencionada no citado artigo, p, 18, ao estabelecer que tal poder discricionário encontra dois limites intransponíveis: a dignidade humana e a impossibilidade de, por meio do poder geral de cautela, ser adotado provimento que não poderia ser concedido por intermédio de provimento definitivo.

[44] LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo Civil**, vol. VIII, tomo I. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 88.

[45] Dispõe o atual parágrafo único: "Se por qualquer motivo cessar a medida, é defeso à parte repetir o pedido, salvo por novo fundamento".

[46] O notável processualista Greco (**A função cautelar.** s. n., março de 2007, p.12) assevera: "[...] violam a garantia da tutela jurisdicional efetiva disposições, como a do parágrafo único do art. 808 do Código de Processo Civil, que somente permitem a reiteração da medida cautelar que tenha caducado por novo fundamento. Tanto a medida indeferida, como a que tenha perdido eficácia por qualquer motivo, não pode deixar de ser novamente examinada e concedida se concorrerem o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. A cognição anterior foi incompleta, sujeita a erro. Disposições como a mencionada têm justificava na boa-fé e na tentativa de dar certa estabilidade às relações jurídicas entre as partes antes da decisão final da causa principal. Entretanto, não podem constituir obstáculo à obtenção de tutela cautelar a quem demonstre dela necessitar em face de um perigo atual, pouco importando se idêntico requerimento foi anteriormente indeferido ou se foi concedido e caducou".

perdido a eficácia não pode constituir empecilho a que a medida seja novamente proposta, tendo em conta que a situação de urgência necessita de tutela adequada.

3.1.2 PONTOS A SEREM MODIFICADOS NO ESBOÇO

3.1.2.1 Exclusão dos procedimentos não cautelares do Livro III

Apesar da reforma legislativa em comento promover acertadas alterações, tais como as referidas acima, e em que pese o brilhantismo de seu subscritor, não se pode deixar de criticar o esboço por não ter aproveitado a oportunidade de desvincular do Livro III procedimentos sumários que nada têm de cautelares, por faltar-lhes algumas das características essenciais do provimento cautelar, quais sejam: a urgência, a cognição sumária, a provisoriedade e a instrumentalidade.

Pela proposta de Athos Gusmão Carneiro, apenas são feitas alterações quanto às medidas previstas no art. 888 do CPC, que passam, com acerto, a ser previstas como 'outras medidas de urgência', no âmbito do Título II ("Dos processos de Urgência"); aos 'alimentos provisórios', cuja disciplina é deslocada para o Capítulo IV do Título I (Das medidas antecipatórias), além de serem revogados os artigos que tratam do 'protesto e apreensão de títulos'.

Ora, atualmente o Livro III[47] dispõe sobre nada mais, nada menos, do que quinze medidas específicas, quais sejam: arresto, seqüestro, caução, busca e apreensão, exibição, produção antecipada de provas, alimentos provisionais, arrolamento de bens, justificação, protestos, notificações e interpelações, homologação de penhor legal, posse em nome do nascituro, atentado, protesto e apreensão de títulos, além das medidas previstas no art. 888, CPC. Muitas dessas medidas não têm caráter cautelar.

Ainda que haja certa divergência doutrinária quanto à correta classificação de algumas medidas específicas[48], e tendo em conta que o propósito do presente trabalho não abrange o exame minucioso das medidas cautelares específicas, é possível identificar, com relativa facilidade, quais providências previstas no Livro III não têm natureza cautelar. Assim, para os fins desse artigo, basta essa identificação, não sendo de nosso interesse, apesar da relevância do tema, precisar a correta definição da natureza jurídica das medidas reconhecidas como não cautelares.

Da doutrina do prestigiado Alexandre Freitas Câmara[49], extrai-se que

---

[47] Pontes de Miranda (MIRANDA, Pontes. **Comentários ao Código de Processo Civil**, tomo XII. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1974. p. 491) já ressaltava, na década de 70, que *"a sistemática do Livro III é cheia de problemas da mais difícil técnica classificatória"*.

[48] A título de ilustração, veja-se o caso da produção antecipada de prova, comentada por Greco (GRECO, Leonardo Greco. **A função cautelar.** s. n., 2007, p. 15): "A produção antecipada de prova, medida probatória acessória de um processo principal, é considerada por GALENO LACERDA como uma cautela de jurisdição voluntária, na qual não se cogita de *fumus boni iuris*, mas apenas de *periculum in mora.* Penso que não. Como medida probatória vinculada a uma determinada causa principal, a produção antecipada de provas será de jurisdição contenciosa ou voluntária, conforme o seja a causa principal. [...]".

[49] CÂMARA. Alexandre Freitas Câmara. **Lições de Direito Processual Civil,** vol. III, 10 ed., Rio de Janeiro: Lumen Iuris Editora, 2006. p. 101. Cabe ressaltar que, arrimados na precisa doutrina de Greco (GRECO, Leonardo. **Jurisdição Voluntária Moderna.** São Paulo: Editora Dialética, 2003. p. 133), consideramos a homologação de penhor legal procedimento de jurisdição voluntária dotado de cautelaridade, vez que se destina

> É inegável o fato de que o legislador incluiu no CPC, junto aos procedimentos cautelares específicos, uma série de outros procedimentos, através dos quais se desenvolverão processos cuja natureza, indubitavelmente, não é cautelar. A natureza diversa da cautelar em tais processos é gritante. Isto porque, como se poderá ver ao longo da exposição, não há, em muitos dos procedimentos regulamentados no Livro III do CPC, a *referibilidade* que, como visto anteriormente, é elemento essencial para que se caracterize um determinado processo como cautelar.
>
> Será fácil verificar, ao longo do estudo dos diversos procedimentos arrolados no Livro III do Código de Processo Civil, que muitos deles se desenvolvem sem qualquer relação com uma situação cautelanda (assim compreendida a situação de perigo para a efetividade do processo). É o que se tem, por exemplo, com os **protestos, notificações e interpelações,** institutos cuja natureza, conforme se verá no momento próprio, é de jurisdição voluntária. O mesmo se diga, por exemplo, em relação à **homologação do penhor legal**, que tem nítida natureza de processo cognitivo, de índole satisfativa.(grifo nosso)

Conforme lição de Leonardo Greco, não tem natureza cautelar: o arresto[50] na hipótese prevista no art. 816, CPC (que determina a concessão da medida pelo juiz, independentemente de justificação prévia, quando for requerido pela União, Estado ou Município, ou quando o requerente prestar caução); as cauções de direito completo (art. 829, CPC)[51]; a justificação; os protestos, notificações e interpelações e a posse em nome do nascituro.

---

a regular, provisoriamente, a situação de direito material, isto é, a constituição da garantia ao credor-requerente. A constituição da garantia propiciada pela homologação não perfaz título executivo, sendo imprescindível que o credor mova futura ação de conhecimento ou de execução para reaver o seu crédito. Conforme diversas vezes ressaltado neste trabalho, o fato de a medida cautelar ser satisfativa não lhe desconfigura a natureza, vez que permanece instrumental e provisória.

[50]GRECO, Leonardo. **A função cautelar.** s. n., 2007, p. 15. Segundo o processualista, o disposto no art. 816 dá origem a uma medida inconstitucional, vez que sua concessão independe da prova da urgência e do *fumus boni juris*. Em suas palavras: "A Constituição Federal, no art. 5º, inciso XXXV, confere a garantia da tutela jurisdicional efetiva contra qualquer lesão ou *ameaça* a direito. A ameaça e o direito hão de estar objetiva e suficientemente comprovados, não podendo a lei instituir o privilégio de determinadas pessoas, por condições subjetivas ou econômicas, de intervir na liberdade patrimonial de outras, sem provas desses requisitos".

[51]No referido artigo, Greco preconiza que a caução de direito completo, prestada pelo próprio requerente e a imposta por lei, não exige cognição nem mesmo sumária. No entanto, o autor reconhece, ao final, que "de qualquer modo, preserva a caução o seu caráter cautelar pela proteção provisória que presta a algum interesse relevante no processo". Com a devida vênia, concordamos com a posição de Alexandre Câmara (CÂMARA. Alexandre Freitas Câmara. **Lições de Direito Processual Civil,** vol. III, 10 ed., Rio de Janeiro: Lumen Iuris Editora, 2006. p. 140), segundo a qual "a caução que se presta através do procedimento regulado nos arts. 826 e seguintes do CPC não tem natureza cautelar. Esta constitui o objeto principal de um processo autônomo, não tendo por função assegurar a efetividade de outro processo, sendo, em verdade, destinada a tutelar uma situação de direito substancial". Ainda, com arrimo nessa doutrina, as cauções previstas nos arts. 805 e 819 têm inegável caráter cautelar.

Para o referido jurista[52], a justificação (arts. 861- 866, CPC) não é cautelar por não ser dotada de instrumentalidade imediata, vez que não se conhece a possível causa futura em que a prova poderá vir a ser utilizada, e por não ser provisória. No mesmo sentido, sustenta Alexandre Câmara[53], acrescentando que *"é estranho à justificação o requisito do periculum in mora*". Pontes de Miranda advertia, na mesma ordem de idéias:

> A justificação, de que se trata, ainda não seja fim em si, basta-se a si mesma, como processo, e como sentença. Não é preparatória, no sentido estrito; não é provisória, porque o julgado na ação em que se discute a *res in iudicium deducta*, ainda quando aprecie a prova que por ela se produziu, não reforma, não atinge a sentença de justificação. O que ela faz é constituir instrução, sem se levar em conta o *periculum in mora*, que pode ter sido considerado pelo justificante, porém do qual, na justificação, segundo os arts. 861-866, se *abstrai*.[...]"

Por sua vez, os protestos, notificações e interpelações (arts. 867-873 e 882-883, CPC), por não protegerem provisoriamente qualquer interesse, documentando apenas as manifestações de vontade do requerente, também não atendem ao atributo da cautelaridade (não há exame do *fumus boni juris*, nem do *periculum in mora*). Nas valiosas palavras de Pontes de Miranda[54], "*o que importa, na interpelação, na notificação e no protesto, é a manifestação de vontade ou de conhecimento que faz o interpelante, notificante ou protestante, e a recepção dela pelo interpelado, pelo notificado ou pelo destinatário do protesto".*

A posse em nome do nascituro (arts. 877-878, CPC) é, ao ver de Leonardo Greco[55], uma ação de conhecimento de cognição incompleta, totalmente desvinculada de uma causa principal, visando declarar o estado de gravidez da mãe.

Desse modo, ante o exposto quanto às medidas sem natureza cautelar, andaria melhor a proposta de reformulação do Livro III do CPC se tais provimentos fossem retirados dessa disciplina. Assim, no nosso entender, deveriam ser desvinculados do mencionado Livro os procedimentos previstos nos arts. 816 (arresto inconstitucional), 826-838 (caução), 861-

---

[52]Greco, conforme doutrina majoritária, considera, acertadamente, a justificação procedimento probatório de jurisdição voluntária. (GRECO, Leonardo. **Jurisdição Voluntária Moderna.** São Paulo: Editora Dialética, 2003. p. 68).

[53]CÂMARA. Alexandre Freitas Câmara. **Lições de Direito Processual Civil,** vol. III, 10 ed., Rio de Janeiro: Lumen Iuris Editora, 2006. p. 217.

[54] MIRANDA, Pontes. **Comentários ao Código de Processo Civil**, tomo XII. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1974. p. 318.

[55] GRECO, Leonardo. **A função cautelar.** s. n., 2007, p. 17. No mesmo sentido, proclama Câmara (CÂMARA. Alexandre Freitas Câmara. **Lições de Direito Processual Civil,** vol. III, 10 ed., Rio de Janeiro: Lumen Iuris Editora, 2006. p. 249): "A posse em nome do nascituro não tem natureza cautelar, não obstante sua inclusão no Livro III do Código de Processo Civil. Esta afirmação decorre da constatação – feita anteriormente – de que esta não é medida de asseguração da prova, sendo efetivamente produzida a prova da existência da gravidez". Consideramos, à luz dos ensinamentos de Greco (GRECO, Leonardo. **Jurisdição Voluntária Moderna.** São Paulo: Editora Dialética, 2003. p. 87), se tratar de medida de jurisdição voluntária sem natureza cautelar, vez que não visa tutelar provisoriamente a situação de direito material, mas sim definitivamente. Ocorre que, como a própria situação da vida a que se refere é de natureza temporária, essa definição só será útil durante os noves meses de gestação da requerente.

866 (justificação), 867-873 (protestos, notificações e interpelações), 877-878 (posse em nome do nascituro).

3.1.2.2 Sistematização efetiva das medidas de urgência

Outra crítica que ousamos fazer ao esboço legislativo é no sentido de que, apesar de pretender tratar da "Tutela de Urgência", a proposta disciplina hipóteses de tutela antecipatória que não se relacionam, em absoluto, à situação de urgência, mas sim à tutela da evidência[56]. É o caso do disposto no art. 881-A, III, e parágrafo único do esboço, que se referem, respectivamente, à tutela antecipada no caso de abuso do direito de defesa e na hipótese de incontrovérsia dos pedidos cumulados.

Para a concessão da tutela antecipada na hipótese originalmente prevista no art. 273, II, CPC, levou o legislador em conta não a situação do direito material, mas aspectos puramente processuais, traduzidos no comportamento do réu que abusa do direito de defesa, protelando o momento da realização dos direitos ou mesmo retirando do autor alguma vantagem econômica em troca do tempo do processo. Fácil perceber que, nesse caso, a concessão da tutela antecipada não está relacionada com o estado de perigo do direito. Trata-se de hipótese em que, ao lado da probabilidade de existência do direito do autor (um dos requisitos da antecipação), ocorre abuso do direito de defesa do demandado. Fala-se, então, em *tutela da evidência.* Nos lapidares dizeres de Luiz Rodrigues Wambier[57],

> o art. 273, II, consagra hipótese de tutela antecipada pura. Na verdade, defesa protelatória ou abuso de direito de defesa nada mais são do que circunstâncias que vem a reforçar o *fumus* [...]. Nessa hipótese, o altíssimo grau de plausibilidade dispensa a demonstração de um especial perigo de ineficácia do provimento final.

Quanto à tutela antecipada concedida em caso de incontrovérsia dos pedidos, hipótese incluída no art. 273, CPC, §6º, pela Lei 10.444/2002, seu fundamento, conforme sustentado por Luiz Guilherme Marinoni[58], é evitar a indevida protelação do momento de realização dos direitos, e, portanto, o abuso do direito de defesa. Conclui-se, portanto, que essa hipótese[59] também nada tem a ver com o risco de dano, não podendo ser incluída dentre as espécies de tutelas sumárias de urgência.

Dessa maneira, as mencionadas hipóteses de provimentos antecipatórios não deveriam ser disciplinadas no Livro III proposto por Athos Gusmão Carneiro. Talvez fosse

---

[56] Cf. FUX, Luiz. **Tutela de Segurança e Tutela da Evidência (Fundamentos da tutela antecipada).** São Paulo: Saraiva, 1996.

[57] WAMBIER, Luiz Rodrigues *et. al. In:* WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coord). *Curso Avançado de Processo Civil*. 5 ed. vol. 1, São Paulo: RT, 2002. p. 331.

[58] MARINONI, Luiz Guilherme. **A Antecipação da Tutela**, 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

[59] Assinale-se que, para Fredie Didier Júnior, essa espécie de tutela não é, em verdade, antecipação dos efeitos da tutela, mas resolução parcial da lide. "A topografia do instituto está equivocada. Não é antecipação dos efeitos da tutela, mas emissão da própria solução definitiva, fundada em cognição exauriente e apta, inclusive, a ficar imune com a coisa julgada material [...]" (JORGE, Flávio Cheim *et. al.* **A nova reforma processual.** 2 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003. p. 71-2.)

mais adequado que tais espécies de tutela antecipatória continuassem reguladas unicamente pelo art. 273, CPC, enquanto não se dedica a tais espécies de tutela da evidência a merecida sistematização, tal como ocorrido no ordenamento processual italiano, com a introdução do art. 186-*quarter*.[60]

Ademais, acreditamos que o tratamento dispensado pelo esboço às tutelas cautelar e antecipatória não propicia a desejada sistematização dos provimentos cautelares de urgência, tal como propugnado por nós. É que, apesar de oferecer uma disciplina única a tais medidas (Livro III), a proposta legislativa em comento, continua, em nosso sentir, demasiadamente preocupada em distinguir as regras aplicáveis a cada uma das espécies, tanto que, quando se refere ao procedimento antecedente para a obtenção da tutela antecipatória, determina que a ele se aplica, *no que couber*, o disposto no Capítulo II (das medidas cautelares), como se vê do art. 881-C do esboço. Ora, por que não já estabelecer, ante a excelente oportunidade de criação legislativa, quais regras são aplicáveis às medidas antecipatórias? Por que não definir, efetivamente, um regime jurídico único às medidas?

Entendemos que nossa crítica não se restringe a aspectos formais do esboço, e, supostamente menos importantes, porque é sabido que os operadores do direito manejam as regras processuais com extremo conservadorismo, prendendo-se, em um sem número de circunstâncias, exclusivamente ao direito positivo, postulando ou concedendo, assim, somente o que a lei expressamente dispõe.

Desse modo, seria mais proveitoso à disciplina das medidas de urgência, que as regras dispostas nos artigos 801 a 811 do esboço integrassem o seu Capítulo I, dedicado às disposições gerais das medidas de urgência, aplicáveis indistintamente às medidas cautelares e antecipatórias. Assim, por exemplo, não haveria sentido em se reproduzir as regras estabelecidas nos arts. 801-A, 881-B, §§ 2º, 3º e 4º, vez que já referidas nas disposições gerais.

Isso porque não temos dúvidas de que as regras previstas nos arts. 796 a 811 do atual Livro III do CPC consubstanciam verdadeiro regime geral da tutela cautelar de urgência. Não é outro o entendimento de Cândido Rangel Dinamarco[61] ao asseverar que

> os operadores do direito, ainda pouco familiarizados com o instituto da antecipação, relutam muito em transpor a ele os preceitos explícitos que o Livro III do Código de Processo Civil contém, sem se aperceberem de que ali está uma verdadeira disciplina geral da *tutela jurisdicional de urgência* e não, particularmente, da tutela

[60] Conforme informa Bedaque (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (tentativa de sistematização)**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 50-51, vide nota 50), por meio do referido dispositivo do CPC italiano, "a deficiência da defesa pode autorizar o acolhimento da demanda mediante provimento apto a, se verificadas determinadas circunstâncias, tornar-se definitivo. [...] A decisão proferida com fundamento no art. 186-*quarter* integra o quadro dos provimentos com conteúdo antecipatório do direito italiano, que o legislador de 1990 já regulara nos arts. 186-*bis* e *ter*,com eficácia executiva imediata. Mas não representa provimento de cognição sumária, visto que somente pode ser concedido depois de *esaurita lístruzione.* Pressupõe, portanto, o encerramento da fase probatória, ao contrário do que ocorre com outro provimento antecipatório do processo trabalhista (art. 423, 2º *comma*)".

[61] DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma da reforma.** 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 91.

> cautelar. Esse é o ponto mais frágil da disciplina da antecipação tutelar, em seu modelo brasileiro".

A propósito, seria de melhor técnica se a denominação do Livro III fosse "Da tutela cautelar de urgência", dado que o nome proposto ("Da tutela de Urgência") é de acepção muito ampla, comportando tutelas jurisdicionais que nada têm de cautelares, como o mandado de segurança, a ação de alimentos etc. Além disso, a denominação sugerida revela a compreensão mais acertada da tutela cautelar de urgência que, indiscutivelmente, abrange a cautelar conservativa e a cautelar antecipatória. Conforme já assinalado neste estudo, compreendemos a tutela antecipatória como espécie de tutela cautelar, vez que instrumental e provisória, apesar de satisfativa.

3.1.2.3 Tratamento Inadequado à Instrumentalidade Mitigada

Por fim, não se pode deixar de registrar a crítica feita ao art. 881-D[62] do esboço pelo festejado Leonardo Greco[63]:

> Pouca clareza revela o esboço no tratamento da instrumentalidade mitigada, preferindo tornar definitivos, em certos casos, provimentos resultantes de cognição incompleta (art. 881-D), a prolongar a eficácia provisória de provimentos com os quais as partes se acomodaram.

Essa mesma crítica pode ter por objeto o que propõe o Anteprojeto de Lei de 'Estabilização da Tutela Antecipada', elaborado, em janeiro de 2007 e já entregue ao Governo Federal, por comissão do Instituto Brasileiro de Direito Processual, composta por Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe, José Roberto dos Santos Bedaque e Luiz Guilherme Marinoni, haja vista que o sugerido art. 273-B possui a mesma redação do art. 881-D do esboço, só havendo diferença quanto ao prazo para ser intentada a ação de cognição plena (o esboço estabelece sessenta dias, e o anteprojeto, 30 dias).

Invocando o entendimento de Edoardo Ricci, manifestado em artigo publicado na Revista de Direito Processual, de setembro-dezembro de 1997, intitulado "A tutela antecipatória brasileira vista por um italiano", no sentido de que os provimentos antecipatórios são substancialmente provimentos monitórios, e as reformas ocorridas no direito processual italiano, os mencionados processualistas que integram a comissão do IBDP, defendem que a estabilização do mandado monitório, prevista em nosso ordenamento, deve ser aplicada, *simetricamente*, com a decisão antecipatória com a qual as partes se satisfazem. É o que proclama os ilustres autores do referido anteprojeto: *"Assim, a instauração ou prosseguimento da demanda são considerados ônus do demandado e, em caso de*

---

[62] Dispõe o referido artigo: "Caso o requerido não haja impugnado o pedido de antecipação de tutela formulado em processo antecedente, e preclusa a decisão concessiva, é facultado, no prazo de sessenta dias: I – ao réu, propor ação que vise à sentença de mérito; II – ao autor, em caso de antecipação parcial, propor ação que vise a (sic) satisfação integral de sua pretensão. §1º - Não proposta a ação, a decisão concessiva adquirirá força e coisa julgada, nos limites da decisão proferida. §2º - Não se aplica o disposto neste artigo nos casos de citação ficta".

[63] GRECO, Leonardo. **A função cautelar.** s. n., março de 2007, p. 20.

antecipação parcial, do demandante, sendo a conduta omissiva seguro indício de que não há mais necessidade de sentença de mérito".[64]

Greco informa que alguns países da Europa continental têm operado reformas em sua legislação processual de modo a prever que, mesmo não proposta a ação principal, as medidas cautelares restritivas de direitos permanecem eficazes. No entanto, frisa o autor que *"essa provisória estabilização da sua eficácia não lhes retira o caráter cautelar, porque nunca constituirão a regulação definitiva da situação jurídica sobre a qual incidem".*[65]

Muito diferente disso é a proposição contida tanto no Esboço de Anteprojeto do Processo Cautelar, de autoria de Athos Gusmão, quanto no Anteprojeto de Lei de Estabilização da Tutela Antecipada.

É que as propostas referidas optam não por prolongar a eficácia da medida cautelar, ainda que não haja a propositura da ação de cognição plena e exauriente, mas por permitir que, não proposta a ação principal, a decisão concessiva da tutela antecipatória passe a ser definitiva, produzindo coisa julgada. Em outras palavras, os aludidos projetos de reforma legislativa fazem com que uma conduta omissiva (a não propositura da demanda no prazo prescrito) seja apta a fazer com que uma decisão ontologicamente provisória, vez que informada por cognição incompleta, adquira definitividade.

Em que pese os argumentos em prol do pragmatismo de tal proposta, reputamos mais adequada a sugestão de Greco[66], no sentido de admitir a estabilização da decisão antecipatória somente nos casos em que houver pedido do interessado nesse sentido. Essa posição é mais condizente com a garantia de um processo justo, que observe efetivamente o contraditório e a ampla defesa.

Ora, sustentar num país como o nosso, em que o acesso à justiça não é plenamente assegurado, - devido a inúmeras e graves razões, que vão desde a desinformação geral da população brasileira até a falta de eficiência do aparato judicial - , que a ausência de propositura de ação judicial tornará um provimento precedido por cognição sumária juridicamente definitivo, é imputar ônus excessivo ao demandado. Uma coisa é reconhecer que o provimento provisório possa se tornar, na prática, definitivo, ante a acomodação das partes. Outra é permitir que, juridicamente, uma decisão provisória adquira força de coisa julgada, sepultando a possibilidade de o demandado obter um julgamento informado por cognição ampla e exauriente, em momento posterior, pelo simples fato de ele não ter sido diligente a ponto de mover, dentro do prazo estipulado na lei, a pertinente ação principal.

Fazemos nossas as irreparáveis palavras de Leonardo Greco, que, *mutatis mutandis*, se aplicam perfeitamente à questão da estabilização da tutela antecipada:

> [...] se de um lado, conferiria mais estabilidade às relações jurídicas material e processual entre as partes, correria o risco de frustrar o acesso à tutela jurisdicional efetiva de interesses merecedores de proteção, já que não se pode esquecer que, tanto um quanto outro (a concessão ou denegação [da medida cautelar]), são o resultado

---

[64] Anteprojeto de Lei de Estabilização da Tutela Antecipada. Instituto Brasileiro de Direito Processual. Disponível em: http://www.direitoprocessual.org.br/dados/File/enciclopedia/> Acesso em: 27 de jul.2007.

[65] GRECO, Leonardo. **A função cautelar.** s. n., março de 2007, p. 11.

[66] Manifestada, para nossa satisfação, em aula ministrada no âmbito da disciplina em relação a qual o presente trabalho é requisito para sua conclusão.

> precário de uma cognição incompleta que, por isso mesmo, deve sempre estar sujeita a revisão das suas conclusões.

Afigura-nos curioso que o processualista[67] que expõe pensamento irretocável no sentido do que aqui propugnamos, a seguir transcrito, seja um dos autores do anteprojeto de lei que visa justamente a permitir, genericamente, a eficácia definitiva da tutela antecipatória, se não vejamos:

> [...] Nessa medida, parece arriscado, principalmente se levarmos em consideração a realidade brasileira, atribuir definitividade à tutela antecipatória, visto que a atividade cognitiva desenvolvida à tutela antecipatória, visto que a atividade cognitiva desenvolvida pelo juiz para concedê-la é superficial, não exaurindo as circunstâncias da relação material. Além disso, a parte a ser diretamente atingida pelos efeitos do provimento muitas vezes sequer é ouvida, dada a possibilidade de antecipação liminar;
>
> [...]
>
> Por isso, parece-me conveniente, ao menos por enquanto e considerando as profundas desigualdades existentes na sociedade brasileira, exigir que o Estado-Jurisdição, após conceder a antecipação de efeitos da tutela jurisdicional, faça exame mais acurado dessa decisão, analisando com profundidade aspectos da realidade substancial. Para tanto, contará com a participação das partes e com as regras legais que procuram tornar efetivo e equilibrado o contraditório.

Por tudo isso, consideramos que a proposta contida nos mencionados projetos de reforma, no sentido de a tutela antecipatória adquirir, por simples falta de propositura da ação de cognição completa no prazo legal, força de coisa julgada substancial, configura indesejada violação à tutela jurisdicional efetiva.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Esboço de Anteprojeto do Livro III do CPC, apresentado pelo insigne Athos Gusmão Carneiro, reflete o acertado pensamento doutrinário[68] de não fazer mais sentido à

---

[67] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (tentativa de sistematização).** 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 277-278.

[68] Nesse sentido, a posição de Alexandre Câmara (CÂMARA. Alexandre Freitas Câmara. **Lições de Direito Processual Civil,** vol. III, 10 ed., Rio de Janeiro: Lumen Iuris Editora, 2006. p. 33: "Não se pode dexiar de dizer, em um capítulo dedicado a tecer considerações gerais sobre o processo cautelar, que este é um tipo de processo cuja existência autônoma já não mais se justifica. Não se pense, porém, que estejamos aqui a pregar a abolição da tutela jurisdicional cautelar. Esta é, e será sempre indispensável para a efetividade do sistema processual. O

ciência processual contemporânea, a obrigatória vinculação da tutela cautelar à propositura de uma ação autônoma regulada pelo citado Livro III.

O comentado esboço legislativo promove uma série de alterações positivas no procedimento das medidas de urgência, tendo as principais mudanças destacadas nesse estudo, mas peca, a nosso sentir, (i) por não eliminar dos procedimentos cautelares específicos aqueles que nada têm de cautelar, (ii) não realizar uma efetiva sistematização das medidas de urgência e (iii) por não dar um tratamento adequado à tendência de mitigação da instrumentalidade das medidas cautelares de urgência.

Não obstante, conforme assinalado pelo próprio Ministro aposentado do STJ, a proposta legislativa consubstancia, por enquanto, *sugestões iniciais, com vistas a futuro Anteprojeto de Lei*. Solicita, o eminente processualista, *a crítica dos doutos*[69].

Desse modo, cabe à proficiente doutrina processual brasileira examinar com acuidade a proposta de reforma, tendo em conta a crescente importância da tutela cautelar de urgência na sociedade contemporânea, o que denota a premente necessidade de ser estabelecido um verdadeiro regime jurídico único a tais espécies de tutela jurisdicional.

Ainda que o presente trabalho acadêmico se restrinja a examinar, parcial e perfunctoriamente certos aspectos do esboço de uma proposta de reforma legislativa, oportuno ressaltar que, para o adequado desenvolvimento da ciência processual, mostra-se tão importante a pesquisa científica acerca da legislação vindoura quanto a produção de conhecimento sobre o direito posto.

5 REFÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (tentativa de sistematização)**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**, vol.III. 10 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Editora, 2006.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Tutela de urgência. Medidas Antecipatórias e Cautelares. Esboço de Reformulação Legislativa, *In: Revista de Processo,* Rio de Janeiro, n. 140, p.72-85, out. 2006.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de.Constituição, Medidas Cautelares e Ordem Pública, *in Acesso à Justiça, Efetividade do Processo*, Geraldo Luiz Mascarenhas Prado (coord.), Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

---

que não se pode aceitar (ao menos de lege ferenda) é a necessidade de instauração de um processo autônomo, de natureza cautelar, para que tal modalidade de tutela jurisdicional seja prestada". Outra não é a doutrina de JORGE, Flávio Cheim *et. al.* **A nova reforma processual.** 2 ed. São Paulo:Saraiva, 2003. p. 87, que preconiza: "[...] tendência inexorável de nossa legislação: a unificação dos processos. Com o claro objetivo de acabar com a vetusta exigência de que, para cada função juridicional, uma relação jurídica processual própria, transforma-se a relação jurídica processual de conhecimento, que passa a ter a característica da 'multifuncionalidade [...]".

[69] CARNEIRO, Athos Gusmão. Tutela de urgência. Medidas Antecipatórias e Cautelares. Esboço de Reformulação Legislativa, *In: Revista de Processo,* Rio de Janeiro, n. 140, p. 75, out. 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma da reforma.** 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 2 ed. São Paulo: RT, 1986.

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

GRECO, Leonardo. **A função cautelar.** s. n., março de 2007.

_____. **Jurisdição Voluntária Moderna.** São Paulo: Editora Dialética, 2003.

JORGE, Flávio Cheim *et. al.* **A nova reforma processual.** 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo Civil**, vol. VIII, tomo I. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A Antecipação da Tutela***,* 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MIRANDA, Pontes de**. Comentários ao Código de Processo Civil,** tomo VIII. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil**, tomo XII, ed.. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1974.

RUANOBA, Sebastian Watenberg. Fungibilidade das tutelas de urgência antecipatória e cautelar no processo civil brasileiro. *Revista de Processo*. São Paulo, n. 148, p. 321-352, jun. 2007.

SILVA, Ovídio A. Baptista. **Teoria Geral do Processo Civil**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

WAMBIER, Luiz Rodrigues *et. al. In:* WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coord). *Curso Avançado de Processo Civil*. 5 ed. vol. 1, São Paulo: RT, 2002.

XIII. O PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO ENTRE ACUSAÇÃO E SENTENÇA

Marina Magalhães Lopes[1]

O Código de Processo Penal ("CPP") foi promulgado em 1941 durante o Estado Novo, época em que os direitos civis e políticos foram restringidos, o poder centralizado na figura do Presidente e até os meios de comunicação.

A Constituição outorgada poucos anos antes, em 1937, foi inspirada na polonesa ("Constituição Polaca"), que apresentava influências fascistas. Como as normas processuais refletem o sistema jurídico-político de um país[2] e, consequentemente, o CPP também apresentou ideais anti-democráticos.

Poucas décadas depois da edição do CPP, uma nova ditadura assolou o país, impedindo avanços na legislação infraconstitucional. Além disso, contribuiu para a ilusão de que o respeito a alguns direitos e garantias individuais, principalmente aqueles de cunho processual, não eram condizentes com a "segurança nacional".

O fim da ditadura militar culminou com a promulgação, em 1988, de uma nova Constituição Federal, que consagrou diversos direitos e garantias individuais e coletivos em seu art. 5º, incluindo-se aí aqueles relacionados ao processo penal.

Além dos direitos de primeira geração, aqueles nos quais se exige uma ação negativa do Estado, foram elencados também os de segunda e terceira geração[3], representando uma modificação em toda ordem jurídico-constitucional e elevando a dignidade da pessoa humana ao centro epistemológico de todo o ordenamento.

---

[1] Defensora Pública no Rio de Janeiro. Mestranda em Direito na UERJ.

[2] Como afirma DINAMARCO, Cândido Rangel, *A instrumentalidade do processo.* 8.ed.; São Paulo: Malheiros, 2000, p. 30, "*É natural que, como instrumento, o sistema processual guarde perene correspondência com a ordem constitucional a que serve, inclusive acompanhando-a nas mutações por que ela passa. Em princípio o processo acompanha as opções políticas do constituinte, as grandes linhas ideológicas abrigadas sob o pálio constitucional. (...) O processo que nos serve hoje há de ser o espelho e salvaguarda dos valores individuais e coletivos que a ordem constitucional vigente entende de cultuar".* MALAN, Diogo Rudge, *A sentença incongruente no processo penal,* Lúmen Juris: Rio de Janeiro, 2003, p. 89: "*Não há como se dissociar as eleições do sistema processual e do político, com os valores sociais inerentes a este último. Ou seja, o modelo processual está umbilicalmente relacionado ao papel que a sociedade atribui ao Estado, ao valor que se reconhece ao indivíduo e, principalmente, à forma através da qual ambos se relacionam."*

[3] *"Todas as declarações recentes dos direitos do homem compreendem, além dos direitos individuais tradicionais, que consistem em liberdades, também os chamados direitos sociais, que consistem em poderes. Os primeiros exigem da parte dos outros (incluídos aqui os órgãos públicos) obrigações puramente negativas, que implicam a abstenção de determinados comportamentos; os segundos só podem ser realizados se for imposto a outros (incluídos aqui os órgãos públicos) um certo número de obrigações positivas*." BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 21. Já os de terceira geração estariam intimamente conectados ao princípio da solidariedade, como aqueles relacionados ao meio ambiente.

Após uma época "de escuridão", na qual os apenados eram privados de sua própria vida pelo Estado e alguns presos eram condenados através de um processo no qual garantias mínimas não eram observadas, era necessário estabelecer regras que evitassem o arbítrio.

Assim, alguns princípios processuais como o do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, da publicidade, da inadmissão das provas obtidas por meios ilícitos passaram a ser considerados cláusulas pétreas, constituindo a base não somente de um processo mas de um regime político democrático.

Entretanto, apesar dos inúmeros avanços obtidos nos últimos anos, alguns dispositivos previstos no CPP e na legislação extravagante não estão de acordo com a Constituição.

Por essa razão, entendemos que o estudo do processo penal deve ser feito através de uma filtragem constitucional, adequando-se as normas processuais aos princípios constitucionais, sistemática através da qual analisaremos os arts. 383 e 384 do CPP[4]- [5].

Os sistemas processuais

Os estudos históricos acerca dos sistemas processuais penais apontam a existência de dois modelos principais, o inquisitório e o acusatório.

O sistema inquisitório foi bastante comum no passado, sobretudo na época da Idade Média, apesar de sua origem remontar a épocas mais remotas. Nesse sistema o indivíduo é considerado como objeto do processo e não como alguém dotado de direitos e garantias.

Há confusão nas figuras do julgador e do acusador sendo que a defesa é meramente formal, pois o julgador não somente formula a acusação mas também tem ampla liberdade para agir durante o processo determinando a realização de diligências, inquirindo testemunhas, ou seja, buscando provas que fundamentem sua decisão.

Como conseqüência, a decisão proferida pelo magistrado, também acusador, não é dotada de imparcialidade.

---

[4] Como explicita PRADO, Geraldo, *Sistema Acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais*. 4.ed.; Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006, p. 48, "*Na medida em que a Constituição da República opta pela tutela dos direitos fundamentais, a estrutura processual penal daí derivada há de ser imposta com estrita observância do modo pelo qual é possível harmonizarem-se todos estes direitos e, naturalmente, não só os de defesa mas ainda, por exemplo, os de ação e à segurança. Ao se definir a base processual, acatando-se um sistema e um princípio expressivos dos direitos fundamentais (...) a Constituição fez sua escolha, cumprindo aos aplicadores das leis ordinárias efetivar a Constituição, sempre conforme ela própria*".

[5] Cumpre mencionarmos que a hipótese analisada será a de ação penal pública.

Parece-nos, assim, não haver dúvidas de que tal sistema é incompatível com um processo penal justo, elemento fundamental de um Estado Democrático de Direito[6].

Já no sistema acusatório há nítida separação entre o órgão acusador e o julgador. A defesa deve ser efetiva, exercida por profissional habilitado e sua inexistência é causa de nulidade absoluta.

O sistema acusatório foi responsável por uma imensa modificação na posição ocupada pelo réu no processo, que passou de mero objeto a detentor de diversos direitos e garantias.

A partir de uma análise dos dispositivos constitucionais que tratam do processo penal na Constituição Federal, podemos concluir que é esse o sistema processual penal adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro[7].

A própria Constituição prevê em seu artigo 127 que o Ministério Público é o titular da ação penal, o que denota a separação entre os sujeitos processuais[8].

O acusado (ou réu) somente pode ser processado através de um devido processo legal[9], que deve observar a ampla defesa, o contraditório e todos os seus consectários lógicos[10].

---

[6] BADARÓ Gustavo Henrique Righi Ivahy, *Correlação entre acusação e sentença*. São Paulo; Revista dos Tribunais, 2000, p. 24, assinala: "*o processo inquisitório é incompatível com os direitos e garantias individuais, violador dos mais elementares princípios processuais modernos. Sem um julgador eqüidistante das partes não há imparcialidade. O juiz que formula a acusação liga-se psicologicamente à causa, perdendo a objetividade no julgamento. Há uma nítida incompatibilidade entre as funções de julgar e acusar*".

[7] GRINOVER, Ada Pellegrini, *O processo em evolução.* Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996, p. 348: "*a Constituição brasileira de 1988 delineou com toda clareza um processo penal acusatório, em que as funções de acusar, defender e julgar são absolutamente separadas: um processo de partes. Clara demonstração desta tomada de posição da Constituição são as regras da titularidade da ação penal pública ao MP (art. 129, I CF), a constitucionalização da função do advogado (art. 133, CF) e a institucionalização de defensorias públicas (art. 134, CF), a desvinculação do MP do Poder Executivo (Cap. IV do Título IV da Constituição*".

[8] De acordo com JARDIM, Afrânio Silva, *Direito Processual Penal. Estudos e Pareceres.* Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 43: *"O Estado sentiu a necessidade de criar mecanismos seguros para que a atividade jurisdicional se fizesse de forma justa, independentemente da vontade ou interesse das partes privadas. Mas o Juiz tinha de ser preservado, em prol da sua imparcialidade e neutralidade. Conseguiu-se esse grande salto de qualidade através da institucionalização do Ministério Público, que pode ser considerado o verdadeiro 'ovo de Colombo' para o processo penal que surgiu modernamente. Com o Ministério Público, assumiu o Estado, definitivamente, a titularidade da persecutio criminis in judicio, sem precisar comprometer a neutralidade judicial. Assim, as três funções processuais são entregues a sujeitos diversos, sem retorno à acusação privada. O processo penal passou a ser ao mesmo tempo um engenhoso instrumento de repressão penal e uma forma de autolimitação do Estado, pelo princípio da nulla poena sine judicio".*

[9] É praticamente impossível chegar a uma definição do que seria o devido processo legal. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel, Teoria Geral do Processo, 21.ed., São Paulo, Malheiros, 2005, p. 88/89 assinalam: *"Entende-se, com essa fórmula, o conjunto de garantias constitucionais que, de um lado asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e, do outro, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição. Garantias que não servem apenas aos interesses das partes, como direitos públicos subjetivos (ou poderes e faculdades processuais) destas, mas que configuram antes de mais nada, a salvaguarda do próprio processo, objetivamente considerado, como fator legitimante do*

O art. 5º, inciso LXXIV determina que o Estado prestará assistência jurídica gratuita aqueles que comprovarem insuficiência de recursos, possibilitando que, mesmo os juridicamente necessitados sejam assistido por profissional habilitado (no caso, o Defensor Público[11]).

Em decorrência do sistema adotado, é inadmissível que a acusação seja formulada por magistrado, tal como ocorria no sistema inquisitório[12] - [13]. Porém, ao analisarmos alguns artigos do Código de Processo Penal, verificamos que há regras que possibilitam tal conduta por via reflexa.

A ação penal é, em regra, de natureza pública, cabendo sua titularidade ao Ministério Público. A atuação do *Parquet* está limitada pelo princípio da obrigatoriedade do processo penal, ou seja, existindo elementos que consubstanciem a justa causa, além daqueles indispensáveis ao regular exercício do direito de ação, deve o Promotor de Justiça oferecer denúncia, deflagrando, assim, a ação penal pública[14]-[15].

---

exercício da jurisdição. Compreende-se modernamente, na cláusula do devido processo legal, o direito do procedimento adequado: não só deve o procedimento ser conduzido sob o pálio do contraditório como também há de ser aderente à realidade social e consentâneo a relação de direito material controvertida. Pela primeira vez na Constituição brasileira, o texto de 1988 adota expressamente a fórmula do direito anglo-saxão, garantindo que 'ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal' (art. 5º, inc. LIV). O conteúdo da fórmula vem a seguir desdobrado em um rico leque de garantias específicas, a saber: a) antes de mais nada, na dupla garantia do juiz natural, não mais restrito à proibição de bills of attainder e juízos ou tribunais de exceção, mas abrangendo a dimensão do juiz competente (art. 5º, incs., XXXVII e LIII); e b) ainda em uma séria de garantias, estendidas agora expressamente ao processo civil, ou até mesmo novas para o ordenamento constitucional. Assim o contraditório e a ampla defesa vêm assegurados em todos os processos, inclusive administrativos, desde que neles haja litigantes ou acusado (art. 5º, inc. LV.".

[10] Como assinala GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antonio Scarance e FILHO, Antonio Magalhães Gomes, *As nulidades no processo penal,* 6.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.75, *"Defesa e contraditório estão indissoluvelmente ligados, porquanto é do contraditório (visto em seu primeiro momento,, da informação) que brota o exercício da defesa; mas é essa – como poder correlato ao de ação – que garante o contraditório. A defesa, assim, garante o contraditório, mas também por este se manifesta e é garantida. Eis a íntima relação e interação da defesa e do contraditório".*

[11] Uma interpretação sistemática do art. 5º, LXXIV e do art. 134 da Constituição Federal leva à essa conclusão

[12] Conforme aduz MARQUES, José Frederico, *Elementos de direito processual penal*, 2.ed.; Campinas: Millenium, 2000, v. I, p. 205: "*As regras do ne procedat judex ex officio e do ne procedat judex ultra petitum et extra petitum derivam das garantias do sistema acusatório. Uma vez que não mais existe, entre nós, o juiz inquisitivo, cumpre à acusação delimitar a área de incidência da jurisdição penal e também movimentá-la através da propositura de ação penal. Não há, no processo penal pátrio, o procedimento ex officio. A acusação pública é atividade funcional adjudicada exclusivamente ao Ministério Público, enquanto que a acusação privada pertence ao ofendido, com a atuação supletiva, em alguns casos, do próprio Ministério Público."*

[13] A antiga lei de falências continha previsão nesse sentido, eis que o inquérito judicial era instaurado pelo magistrado.

[14] MARQUES, José Frederico, *op.cit.,* p. 374, *"Apesar do papel que representa no processo penal, de verdadeiro dominus litis, o Ministério Público não pode dispor ao seu alvedrio da ação penal pública".*

[15] Após ao advento da Lei 9.099/95, alguns autores entendem ter ocorrido a mitigação do princípio da obrigatoriedade eis que, nos casos nela previstos, ao invés de oferecer denúncia pode formular a proposta de transação penal ou a suspensão condicional do processo cf. JARDIM, Afrânio Silva, *op.cit.*, p. 337: *"Parece-nos que temos que pensar a transação penal como uma mitigação do princípio da Obrigatoriedade do exercício da Ação Pública. Nessas hipóteses de infração de menor potencial ofensivo, o legislador diz que, desde que preenchidos determinados requisitos legais, o Ministério Público pode oferecer uma pena menor, no interesse da sociedade, no interesse do réu, etc. Quer dizer, seria uma faculdade do Ministério Público que, nesses casos,*

A acusação está a cargo do Ministério Público e compreende não somente a imputação (que é o ato de imputar a prática de determinado ato a alguém, no caso um fato criminoso) como também a descrição do fato, sua qualificação jurídico-penal e o pedido de condenação.

No processo civil, o objeto é visto como o mérito do processo, ou seja, aquilo sobre o que recai a pretensão autoral, a *res in iudicium deducta*.

Já no processo penal, o objeto do processo (na ação penal pública) é fixado pela denúncia promovida pelo Ministério Público, é a pretensão formulada pelo *Parquet* através de sua imputação[16] - [17].

Essa pretensão é sempre insatisfeita em razão do princípio do *nulla poena sine judicio*, ou seja, para a aplicação de uma sanção penal é sempre necessária a instauração de um processo, mesmo que o réu concorde com a aplicação da pena.

Tendo em vista que o direito de ação é um direito subjetivo, público, dirigido contra o Estado, em face de outrem, a pretensão punitiva é sempre exercida contra o Estado. A partir do momento em que o Estado tomou para si o monopólio da jurisdição, é o detentor do *ius puniendi,* direito esse exercido através do Ministério Público.

"Imputar" a prática de determinado fato a alguém (no caso o réu) significa afirmar que essa pessoa praticou o crime descrito da denúncia, com todas as suas circunstâncias[18].

---

não tem o dever de oferecer a denúncia e, sim, a faculdade de oferecer uma pena menor, abrindo mão do exercício do exercício da obrigatoriedade desta espécie de transação penal", enquanto *"a suspensão condicional do processo seria uma mitigação do Princípio da Indisponibilidade da Ação Penal", op.cit*. p. 338. FERNANDES, Antônio Scarance, *A Reação Defensiva à imputação.* São Paulo:Revista dos Tribunais, 2002, p. 144, nota de rodapé n. 02 assinala: "*Não se trata, contudo, de imposição direta de pena. Utiliza-se forma diversa da tradicional para a resolução da causa, sendo admitida a solução consensual em infrações de menor gravidade, privilegiando a vontade das partes e, principalmente, do autor do fato que pretende evitar os dissabores do processo e o risco de condenação"*.

[16] JARDIM, Afrânio Silva, *op. cit.,* p. 66 faz uma distinção entre conteúdo e objeto do processo. "*Resumindo, podemos dizer que o pedido é o objeto do processo. Sob o aspecto formal, o conteúdo do processo são os atos processuais (postulatórios, instrutórios e decisórios). Já sob o aspecto substancial, o conteúdo do processo é a controvérsia decorrente da afirmação de uma relação jurídica material ou de sua inexistência, face aos interesses opostos das partes"*.

[17] BADARÓ, Gustavo Henrique Rihi Ivahy, *op. cit.,* p. 42 *et seq.* faz uma distinção entre a pretensão de origem material, de origem Carnellutiana e a processual. Para esse autor, a idéia de exigência de interesse alheio a interesse próprio, exposada por Carnelluti somente poderia se referir à pretensão material, eis que a lide é pré-processual. Além disso, o direito de ação é dirigido contra o Estado, enquanto na pretensão de direito material, a sujeição é dirigida diretamente contra a parte contrária. Dessa forma, a pretensão punitiva equivaleria à pretensão de direito material, eis que anterior ao próprio processo, ao passo que a de direito processual, que constitui o objeto do processo penal seria a pretensão processual penal.

[18] De acordo com GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antonio Scarance e FILHO, Antonio Magalhães Gomes, *As nulidades no processo penal,* 6.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.219: *"No processo condenatório é fundamental a identificação da causa petendi, consubstanciada no fato imputado ao réu,*

O réu se defende dos fatos descritos na peça inaugural, não podendo, em hipótese alguma, ser condenado por fato não contido na mesma.

Ressalte-se que o pedido na ação penal condenatória é sempre genérico, de condenação, sendo que ao proferir a sentença é que o magistrado irá analisar as circunstâncias do crime, condições do apenado, e demais outras contidas no art. 59 do Código Penal para, então, aplicar a pena.

O PRINCÍPIO DA CORRRELAÇÃO ENTRE ACUSAÇÃO E SENTENÇA

Em razão dos motivos anteriormente expostos, quais sejam, a adoção do sistema acusatório pelo ordenamento jurídico pátrio, a titularidade da ação penal conferida ao Ministério Público, bem como os princípios constitucionais que norteiam o processo penal, a sentença deve guardar correspondência com o descrito na peça inaugural da ação penal condenatória (denúncia ou queixa, na hipótese de ação penal privada).

O princípio da correlação entre a acusação e sentença está consubstanciado justamente nessa correspondência[19].

Tal assertiva também decorre do princípio da inércia da jurisdição, o juiz deve se ater aos fatos narrados na denúncia ou queixa, sendo inadmissíveis as sentenças *ultra, extra e citra petitas.*

Entretanto, no curso do processo penal é possível que se verifique que os fatos não ocorreram exatamente da forma descrita na peça inaugural, o que pode provocar uma alteração no objeto do processo. Tal alteração somente pode ocorrer se observados as regras atinentes à matéria, a fim de que não haja prejuízo para a defesa.

Passaremos então a analisar os artigos 383 e 384 do Código de Processo Penal, que versam sobre a *emendatio* e a *mutatio libelli.*

---

chamado pela doutrina de evento naturalístico. É o acontecimento histórico transportado para o processo porque corresponde a um tipo penal. Será ele a base para se distinguir uma ação penal de outra. No sistema penal brasileiro, o pedido é sempre de condenação pelo fato imputado, não se exigindo que a acusação expressamente peça a fixação de determinada pena, ou proponha determinada agravante, ou ainda que pretenda determinado regime inicial para a pena privativa de liberdade. Cabe ao juiz o trabalho de individualização da pena, não ficando, nesse aspecto, preso ao pedido da acusação".

[19] "*O princípio da correlação ente acusação e sentença, também chamado de congruência da condenação com a imputação, ou, ainda, da correspondência entre o objeto da ação e o objeto da sentença, liga-se ao princípio da inércia da jurisdição e, no processo penal, constitui efetiva garantia do réu, dando-lhe certeza de que não poderá ser condenado sem que tenha tido oportunidade de se defender da acusação.",* GRINOVER, Ada; FERNANDES, Antonio Scarance e GOMES FILHO, ANTONIO MAGALHÃES, *As Nulidades do processo penal, op.cit.*, p. 219.

EMENDATIO LIBELLI

De acordo com o art. 383 do Código de Processo Penal ("CPP"), o juiz poderá dar ao fato definição jurídica diversa da contida na denúncia ou queixa[20] (*emendatio libelli)*.

A doutrina diverge acerca da constitucionalidade desse dispositivo. Alguns sustentam que, como o réu se defende dos fatos imputados a ele na denúncia, se o Promotor de Justiça, ao formular a imputação descreve a conduta do réu como sendo a de subtrair coisa alheia móvel mediante violência ou grave e a classifica como furto (art. 155 do Código Penal - "CP"), pode o magistrado proferir sentença condenando o réu pela prática do delito previsto no art. 157 do CP, eis que a conduta típica contida nesse tipo penal é que foi descrita na denúncia (*jura novit curia*).

Assim, o réu teria exercido seu direito de defesa em relação aos fatos descritos na denúncia, sendo irrelevante que o juiz pretenda dar nova qualificação jurídica ao fato. Não há que se falar em "surpresa" ou prejuízo para a defesa, se o rito foi devidamente observado e o réu pôde exercer amplamente seu direito de defesa[21].

Outros autores, no entanto, admitem que a qualificação jurídica do fato repercute no exercício do direito de defesa, não sendo possível, assim, a aplicação do art. 383 sem a prévia oitiva das partes.

Isto porque a capitulação jurídica dada ao fato pode influenciar o curso do processo, no que tange à concessão da liberdade provisória (proibida para os crimes hediondos), bem como à aplicação de institutos como a transação penal e a suspensão condicional do processo.

Assim, o juiz deve dar oportunidade para que as partes se manifestem antes da sentença ser proferida, privilegiando assim o contraditório[22].

"Art. 383. O juiz poderá dar ao fato definição jurídica diversa da que constar da queixa ou da denúncia, ainda que, em conseqüência, tenha de aplicar a pena mais grave".

[21] Essa é a opinião de TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, *Processo Penal*, v.4. 22.ed.rev., atual. e ampl., São Paulo:Saraiva, 2000, p. 249: " *É que, em todos esses casos, não há surpresa para a defesa. O fato do qual o réu vai defender-se está perfeitamente descrito na peça acusatória. O Juiz vai apreciar esse fato. Nem teria sentido devesse o Magistrado vincular-se à capitulação feita pelo acusador. Inteira aplicação tem, aqui, o refrão narra mihi factum dabo tibi jus. Certo que deve haver correlação entre a sentença e a acusação. Mas esta relação mútua há de verificar-se entre a sentença e o fato contestado, e não entre a decisão e a capitulação dada à causa petendi, que é o próprio fato. Assim, na emendatio libelli o fato é o mesmo, absolutamente o mesmo; o Juiz limita-se a corrigir a qualificação jurídico-penal"*.

[22] Para, BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy, *Correlação entre acusação e sentença*. São Paulo; Revista dos Tribunais, 2000, p.162, é necessário que, antes de proferir sentença, o juiz dê conhecimento às partes: "*Desde que os fatos imputados permaneçam inalterados, pode o juiz dar-lhes definição jurídica diversa da constante da denúncia ou da queixa, mesmo sem aditamento dessas peças. Porém, antes de sentenciar, em respeito ao contraditório, deve o juiz convidar as partes a se manifestarem sobre a possibilidade de uma nova*

Em que pesem os argumentos contrários, entendemos que o segundo entendimento, de que as partes devem ser ouvidas e, consequentemente, a alteração somente pode ocorrer após aditamento da denúncia pelo *Parquet* é o que mais se coaduna com o sistema acusatório e um processo penal democrático.

O juiz não pode interferir na função do Ministério Público sob pena de comprometer sua imparcialidade. Daí porque, mesmo quando entender que haja a possibilidade de se conferir diversa definição jurídica ao fato deve abrir vista as partes e, posteriormente, enviar os autos ao seu tabelar.

Tal providência se faz necessária eis que ao analisar os autos e entender que o fato merece receber outra capitulação jurídica o magistrado já terá formado uma opinião sobre o caso, o que poderá influenciar o julgamento final.

A *MUTATIO LIBELLI*

O art. 384, por sua vez, prevê uma situação diferente daquela prevista no art. 383[23]. O seu *caput* trata da hipótese em que o juiz reconhece a possibilidade de nova definição jurídica do fato, em razão de prova contida nos autos, de circunstância elementar não contida explícita ou implicitamente na denúncia.

---

classificação jurídica dos fatos, evitando que sejam surpreendidas com a nova capitulação, sem que tenham tido oportunidade para debatê-la. Embora o réu se defenda dos fatos imputados e não da classificação legal dos fatos, o certo é que o tipo penal exerce influência decisiva na condução da defesa, de forma que sua alteração poderia surpreendê-la." FERNANDES, Antonio Scarance, *A reação defensiva à imputação*, *op.cit*., p.232 afirma: "*A solução do art. 383 do Código de Processo Penal outorgou ao juiz poderes soberanos para, sem ouvir as partes, dar ao fato a classificação que julgar adequada, não se importando o legislador com os reflexos negativos para acusação e defesa da mudança na classificação. Com o novo regime a classificação legal do fato é sempre potencialmente alternativa, pois a classificação da denúncia pode ser mantida ou alterada pelo juiz na sentença. Essa situação impõe ao acusado o pesado ônus de se defender da classificação expressa e de todas as outras possíveis. Não pode permanecer essa situação, porque as garantias constitucionais e as exigências do devido processo legal impedem que as partes sejam surpreendidas com uma alteração sobre a qual não se estabeleceu prévio contraditório. Tanto a acusação como a defesa têm interesse na classificação, pelos seus efeitos penais e processuais, e, por isso, não há razão para o juiz deixar de ouvir o Ministério Público e o acusado antes de alterar a classificação inicial".*

[23] "Art. 384. – Se o juiz reconhecer a possibilidade de nova definição jurídica do fato, em conseqüência de prova existente nos autos de circunstância elementar, não contida explícita ou implicitamente, na denúncia ou na queixa, baixará o processo, a fim de que a defesa, no prazo de 8 (oito) dias, fale e, se quiser, produza prova, podendo ser ouvidas até três testemunha. Parágrafo único. Se houver possibilidade de nova definição jurídica que importe aplicação de pena mais grave, o juiz baixará o processo, a fim de que o Ministério Público possa aditar a denúncia ou a queixa, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, abrindo-se, em seguida, o prazo de 3 (três) dias à defesa, que poderá oferecer prova, arrolando até três testemunhas."

Nessa hipótese, determina o referido dispositivo legal que deverá ser aberta vista à defesa para que se manifeste no prazo de 8 (oito) dias.

A primeira questão a ser levantada acerca de tal norma se refere à possibilidade de existir circunstância elementar contida implicitamente na denúncia. Se o legislador admite que deve ser dada vista à defesa nesse caso é porque admite que essa circunstância seja implícita.

Tal situação está em total desacordo com os princípios da ampla defesa e do contraditório. Com efeito, se for admitida a existência de circunstância implícita na denúncia ou queixa, o réu não terá conhecimento da mesma, o que prejudicará o exercício do seu direito de defesa[24].

Ademais, o art. 41 do CPP determina que "*a denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, **com todas as circunstâncias**"*. Portanto, não há que se falar em circunstância implícita se o próprio Código determina que todas as circunstâncias devem estar descritas na denúncia ou queixa.

A parte do dispositivo legal que prevê a possibilidade da existência de uma circunstância implícita não pode ser considerada como recepcionada pela Constituição de 1988.

Outro ponto do *caput* do art. 384 do CPP que também não está de acordo com a ordem constitucional vigente se refere à possibilidade de o juiz reconhecer nova definição jurídica do fato e então baixar os autos para a defesa se manifestar.

Ao atender tal regra *ipsis literis*, o juiz estará exercendo a função de acusador, função essa reservada ao Ministério Público[25]. A defesa, mais uma vez, também restará prejudicada, pois ao proferir sentença, o magistrado estará influenciado pela análise anteriormente feita (como ocorre na hipótese do artigo 383, anteriormente analisada).

---

[24] É essa a opinião de MALAN, Diogo, *op.cit., 197, "A admissão de uma condenação baseada em acusação implícita é perfeitamente compreensível sob a égide de um código que considera a defesa um ato unilateral dos criminosos, repudiando a proibição de sentença condenatória ultra petita. Todavia, em Estado Constitucional de Direito que assegura aos seus cidadãos a garantia da ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (dentre os quais se inclui o direito fundamental a ser informado da acusação, conforme já demonstrado supra), a derrogação desse dispositivo nos parece inconteste."*

[25] Conforme preconiza PRADO, Geraldo, *op.cit.*, p. 147: "*Caso seja admitida a alteração substancial dos fatos, por iniciativa do tribunal, ainda quando seja dada oportunidade ao contraditório, do ponto de vista psicológico sem dúvida estará sensivelmente diminuída a possibilidade de o acusado se defender de verdade. (...) A alteração da acusação equivale à alteração do pedido e da causa de pedir da ação penal, caso se queira trabalhar com categorias herdadas do processo civil, e a implementação da alteração da acusação representa modificação de elementos capitais da ação, direito do autor. Ao fazê-lo, isto é, ao se permitir que o juiz altere o teor da acusação, na verdade o que ocorre é que se admite que o juiz revolva a substância do direito da parte, que não lhe pertence."*

Tal regra é indubitavelmente inconstitucional, pois traz de volta a figura do juiz acusador, despido de imparcialidade (que é uma característica inerente à função).

O parágrafo único do art. 384 determina que, no caso de pena mais grave, o juiz deve determinar a abertura dos autos ao membro do *Parquet* com atribuição para que seja aditada a denúncia ou a queixa.

Em que pesem as opiniões em contrário, não há qualquer diferença entre a situação prevista no *caput* e no parágrafo único do art. 384.

A abertura de vista dos autos ao Ministério Público decorre não da possibilidade de aplicação de pena mais grave mas sim do sistema processual penal brasileiro – sistema acusatório - e de todos os princípios a ele correlatos[26].

As regras processuais são de ordem pública, ou seja, a observância das mesmas não tem relevância apenas para as partes envolvidas mas para toda a sociedade.

Em um Estado Democrático de Direito é necessário que, ao menos, haja separação entre as funções de acusador e julgador e a ampla defesa seja efetivamente observada.

Ao agir em consonância com o art. 384, *caput* do CPP, o magistrado irá proferir sentença sem que uma acusação formal seja elaborada.

Não interessa que não haja alteração da pena referente ao crime imputado ao réu, pois a observância de princípios constitucionais está intimamente conectada com a própria existência de um Estado Democrático de Direito.

Procedimento do júri

O procedimento do júri é bifásico, vale dizer, no final da primeira fase o juiz singular irá analisar se estão presentes os requisitos necessários para o julgamento pelo conselho de sentença, podendo proferir decisão de pronúncia, impronúncia, absolvição sumária ou desclassificação. Somente se for proferida a decisão de pronúncia é que o réu será submetido a julgamento pelo júri.

[26] Conforme elucida BADARÓ, GUSTAVO HENRIQUE RIGHI IVAHY, *op.cit.,* p.172, "*A distinção não tem razão de ser. A correlação entre acusação e sentença é indispensável, independentemente da pena aplicada ao fato imputado. A violação da regra de correlação decorre de a sentença levar em conta fato diverso do imputado, em nada importando a pena. Se o fato considerado na sentença é diverso do fato imputado, seja a pena menor, igual ou superior à pena que decorreria do fato inicialmente imputado, está violada a regra da correlação entre acusação e sentença. Em suma, se há diversidade do objeto do processo, descumprida foi a regra da correlação entre acusação e sentença, em nada importando a pena cominada ao novo delito."*

O artigo 408, § 4º do CPP prevê que o juiz poderá dar definição jurídica ao fato diversa daquela contida na queixa ou denúncia[27], devendo então remeter os autos ao juízo competente.

No momento de proferir a decisão de pronúncia o magistrado deve se ater aos fatos narrados na denúncia. Mas, se verificar a ocorrência de novos fatos, que podem alterar a imputação, deverá determinar a remessa dos autos ao *Parquet* para que se manifeste e, querendo, adite a denúncia.

O procedimento previsto no artigo 384 deve ser utilizado mesmo na hipótese de processo submetido ao rito do júri, sob pena de infringência do princípio acusatório.

Apesar de o juiz singular não proferir sentença condenatória, é ele quem vai fazer o juízo de admissibildiade da acusação, decidindo se o caso é de competência do júri, daí porque a necessidade de remessa dos autos ao Ministério Público.

Como já mencionado anteriormente, tal providencia deve ser tomada mesmo que não haja alteração do *quantum* de pena. Imagine-se, por exemplo, que o réu esteja sendo acusado de homicídio qualificado por motivo fútil (art. 121, §2º, I, CP) e depois de analisar as provas o juiz verificar que o caso em questão é de motivo torpe. Apesar de, em uma eventual condenação a pena permanecer inalterada, a alteração da imputação é medida que se impõe, em atenção ao princípio da correlação e sentença.

Além da denúncia e sentença, no procedimento perante o tribunal do júri deve haver correlação entre a denúncia, pronúncia, libelo e sentença.

Entretanto, mesmo após o trânsito em julgado da decisão de pronúncia, é possível a modificação dos fatos, como por exemplo, na hipótese de o réu estar sendo acusado de tentativa de homicídio e há posterior falecimento da vítima. Nesse caso, também há necessidade de reformulação do libelo, devendo os autos serem remetidos ao Ministério Público[28], aplicando-se analogicamente o disposto no art. 384 do CPP.

Mas, se no dia do julgamento o fato não varia mas surge em plenário a prova referente a um novo fato não considerado na denúncia (mas que já existia), não há qualquer dispositivo legal sobre o assunto. A hipótese aqui analisada se diferencia da prevista no art. 416, que prevê a possibilidade de alteração da pronúncia e do libelo por fato superveniente.

---

[27] "Art. 408,§ 4º - O juiz não ficará adstrito à classificação do crime, feita na queixa ou denúncia embora fique o réu sujeito à pena mais grave atendido, se for o caso, o disposto no art. 410 e seu parágrafo."

[28] "Art. 416. – Passada em julgado a sentença de pronúncia, que especificará todas as circunstancias qualificativas do crime e somente poderá ser alterada pela verificação superveniente de circunstância que modifique a classificação do delito, o escrivão imediatamente dará vista dos autos ao órgão do Ministério Público, pelo prazo de 5 (cinco) dias, para oferecer o libelo acusatório."

Gustavo Henrique Ivahy Badaró analisa a questão, declarando que não é possível a modificação do libelo nessa fase se não ocorrer a hipótese do art. 416 do CPP ("*verificação superveniente de circunstância que modifique a classificação do delito*")[29]. Assim, o acusado deve ser levado a júri e os quesitos devem se basear no libelo, não podendo ser incluído fato não aduzido na pronúncia (não se trata de fato novo mas sim de fato que já existia mas não havia sido considerado).

CONCLUSÃO

O CPP brasileiro foi editado sob a égide de uma ditadura o que, sem dúvida, influenciou a edição de diversas normas em consonância com um regime político totalitário.

O sistema processual penal adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro é o acusatório, já que há nítida separação entre as figuras de acusador e julgador e a defesa deve ser exercida de modo efetivo, através de profissional habilitado.

Os arts. 383 e 384 do CPP, que tratam do princípio da correlação entre acusação e sentença devem ser interpretados a luz da Constituição Federal.

Dessa forma, para que haja mudança na capitulação jurídica dos fatos narrados na denúncia, o magistrado deve abrir vista para as partes se manifestarem, preservando, assim, os princípios da ampla defesa e do contraditório.

Apesar do art. 384 do CPP prever a possibilidade de existência de circunstâncias implícitas na denúncia, tal norma não deve ser considerada como tendo sido recepcionada pela Constituição Federal de 1988, pois prejudica o direito à ampla defesa.

Ademais, a regra que determina que somente no caso de a pena aplicada ao novo crime ser mais grave o juiz deve dar vista dos autos ao *Parquet* está em desacordo com o sistema acusatório, no qual a função de acusador não se confunde com a de julgador. O Ministério Público deve se manifestar independentemente de a pena cominada ao novo delito ser mais grave.

---

[29] "*A descoberta de um novo aspecto ou de uma nova circunstância do fato que originou a pronúncia, posteriormente à preclusão de tal decisão, não poderá ser objeto de julgamento pelo júri. A condenação fora dos limites traçados pela pronúncia e pelo libelo não será possível. Por outro lado, não haverá mais possibilidade de alteração do objeto do julgamento, visto que a única exceção capaz de afastar a imutabilidade da pronúncia é a superveniência de circunstância que modifique o fato, e não a descoberta de um fato novo que já havia ocorrido anteriormente à pronúncia. Afora essa única exceção legal, uma vez operada a preclusão da decisão de pronúncia (pela ausência de interposição de recurso em sentido estrito ou pela confirmação da pronúncia em instância superior), fica assentado que o acusado foi enviado ao julgamento do júri por aquele crime, naquelas circunstâncias."op.cit.*, p. 205

BIBLIOGRAFIA

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy, *Correlação entre acusação e sentença*. São Paulo; Revista dos Tribunais, 2000.

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel, Teoria Geral do Processo, 21.ed., São Paulo, Malheiros, 2005.

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

FERNANDES, Antônio Scarance, *in Reação Defensiva à imputação,* São Paulo:Revista dos Tribunais, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini, *O processo em evolução.* Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antonio Scarance e FILHO, Antonio Magalhães Gomes, *As nulidades no processo penal,* 6.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MALAN, Diogo Rudge, *A sentença incongruente no processo penal,* Lúmen Juris: Rio de Janeiro, 2003.

MARQUES, José Frederic, *Elementos de direito processual penal*, 2.ed.; Campinas: Millenium, 2000, v. I.

PRADO, Geraldo, *Sistema Acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais.* 4.ed.; Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, *Processo Penal*, 22.ed.rev., atual. e ampl., São Paulo:Saraiva, 2000.

XIV. DA CORRELAÇÃO ENTRE A ACUSAÇÃO E A SENTENÇA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO: O ART.384, *CAPUT,* DO CPP E A OFENSA AO SISTEMA ACUSATÓRIO E ÀS FUNÇÕES PRIVATIVAS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Márcio Carvalho Faria[1]

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Princípio da congruência, a inércia do judiciário e o sistema acusatório. 3. Os limites da coisa julgada. 4. Os atos processuais relacionados (a denúncia: ato postulatório; e a sentença, ato decisório). 5. A *emendatio libelli* (art. 383, CPP) e a *mutatio libelli* (art. 384, CPP). 6 A função do ministério público e a constitucionalidade duvidosa do *caput*, art. 384, CPP. 7. Conclusão. 8. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objeto de análise a necessária correlação existente a acusação e a sentença, diante dos princípios constitucionais da imparcialidade do juiz e do contraditório, em comparação, sobretudo, com os institutos da *ementatio libelli* e da *mutatio libelli.* A partir de deles, notadamente este último, far-se-á uma verificação, à luz das características básicas do sistema processual penal acusatório, se há alguma mácula ao art. 129, I, da Constituição Federal de 1988 (CF/88).

Na primeira parte da pesquisa, serão objeto de perquirição o princípio da congruência, a iniciativa exclusiva do Ministério Público para a ação penal pública e o sistema acusatório, além de uma análise, sucinta, da coisa julgada. Nesse momento, tentar-se-á firmar as bases do trabalho, o qual, mais especificamente, buscará demonstrar, *a posteriori,* se os institutos da *emendatio* e da *mutatio* foram recepcionados pela Carta Magna.

Na segunda parte da pesquisa, analisar-se-á mais pormenorizadamente os referidos institutos, destacando-se o que a doutrina e a jurisprudência têm observados a respeito.

Conclui-se pela não-recepção do art. 384, *caput,* CPP, pela Constituição Federal, sendo imperiosa que tal situação venha a ser melhor analisada pelas mais altas Cortes do País.

O método de procedimento a ser utilizado é o jurídico-interpretativo, uma vez que se fará uma análise crítica das regras constantes nos arts. 383 e 384, CPP - frente a uma gama de princípios que norteiam o sistema acusatório pátrio, objetivando se chegar a uma justificação para esta construção.

Nesse trabalho será feita uma pesquisa qualitativa, utilizando a documentação indireta como técnica de pesquisa e, dentro desta, a pesquisa documental e a bibliográfica. Aquela

[1] Mestrando em Direito Processual pela Faculdade de Direito da UERJ.

realizar-se-á através da pesquisa jurisprudencial, especificamente, no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça; esta, por sua vez, terá como base a doutrina voltada ao Direito Processual Penal, à Teoria Geral do Processo e ao Direito Constitucional. Com isso, através da pesquisa em ramos diversos do Direito, buscar-se-á a justificativa e respectivas conseqüências para a (in)aplicação da *mutatio libelli* e da *emendatio libelli.*

No referente aos setores do conhecimento, a pesquisa assumiu feição interdisciplinar, pela concatenação de elementos pertinentes à Teoria Geral do Processo, ao Direito Processual Penal e ao Direito Constitucional, em necessário e constante intercâmbio.

2. O PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA, A INÉRCIA DO JUDICIÁRIO E O SISTEMA ACUSATÓRIO

Um dos principais dogmas da processualística (amparada, principalmente, na ordem constitucional vigente), consiste na adstrição da prestação jurisdicional àquilo que as partes e a lei[2] assim determinam, na medida em que, como é cediço, o Judiciário é inerte e não pode, salvo raras exceções, manifestar-se *ex officio* sobre algo que não lhe foi alvo de atribuição, sob pena de arbitrariedades e/ou nulidades. Trata-se de máxima *net procedat judex ex officio,* como se sabe.

Tais "atribuições" do Judiciário são, em regra, definidas pela *demanda*, na qual o autor formula um *pedido*. Este, por seu turno, acaba por delimitar o âmbito de atuação dos julgadores, sendo-lhes vedada qualquer atuação jurisdicional que o extrapole[3]. São os contornos do pedido, destarte, que orientam o Judiciário na prestação de sua função precípua, qual seja, a jurisdicional.

Há, portanto, a necessidade de que o ofício dos julgadores seja consentâneo com aquilo que lhes foi colocado a decisão, sob pena de grave ofensa ao "acesso à ordem jurídica justa", na feliz e conhecida definição do professor Kazuo Watanabe (art. 5º, XXXV, CF/88). Essa "correlação" é o que a doutrina convencionou chamar o princípio da congruência, conforme se verifica das palavras de **Moreira**[4]:

> Chama-se demanda ao ato pelo qual alguém pede ao Estado a prestação de atividade jurisdicional. Pela demanda começa a exercer-se o direito de ação e dá-se causa à formação do processo. Só por exceção existe, em nosso direito, processo civil sem demanda que o instaure: é o princípio da iniciativa da

[2] Nos casos de matérias de ordem pública, por exemplo, que devem ser conhecidas *ex officio* pelo Judiciário.

[3] Tal regra está presente, dentre outras normas, nos arts. 128 e 460, ambos do Código de Processo Civil (CPC).

[4] MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro.* 24.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, página 10.

> parte (*ne procedat iudex ex officio; nemo iudex sine actore),* consagrado no art. 262.
>
> Através da demanda, formula a parte um *pedido,* cujo teor determina o objeto do litígio e, conseqüentemente, o âmbito dentro do qual toca ao órgão judicial decidir a lide (art. 128). Ao proferir a sentença de mérito, o juiz acolherá ou rejeitará, no todo, ou em parte, o pedido do autor (art. 459, 1ª parte). Não poderá conceder providência diferente da pleiteada, nem quantidade superior ou objeto diverso do que se pediu (art. 460); tampouco deixar de pronunciar-se sobre o que quer que conste do pedido. É o princípio da *correlação* (ou da *congruência)* entre o pedido e a sentença (*ne eat iudex ultra vel extra petita partium),*só afastável ante exceção legal expressa.

Também considerado como o princípio da "inalterabilidade da demanda", para **Rangel**[5] a congruência pode ser definida como "*a correlação que deve existir entre o que se pediu e o que foi concedido. Trata-se de uma garantia processual decorrente do princípio constitucional da ampla defesa visando impedir surpresas desagradáveis ao réu comprometendo sua dignidade enquanto pessoa humana*".

De origem romanas, tal princípio ganhou força com o Estado liberal, tendo em vista a supervalorização do princípio dispositivo, do qual é corolário. Nas palavras de **Didier Jr. *et al***:[6]

> O individualismo então reinante se contrapunha à idéia do intervencionismo estatal, razão por que o juiz, como *longa manus* do Estado costumava ser, por dever e por ideologia, um sujeito inerte e passivo, a quem competia sempre aguardar a provocação da parte para praticar atos no processo. Essa concepção influenciou muito a doutrina e a legislação brasileiras. Por conta disso, desde a Consolidação Ribas, implementada por Joaquim Ribas e editada em 1876, até o atual Código de Processo Civil, tem vigência, em nosso ordenamento jurídico, com fórmulas mais ou menos semelhantes, o princípio da correlação entre a decisão e o pedido.

Mais importante que isso, é a idéia de que a congruência está intimamente ligada à garantia constitucional do contraditório. Isso porque, como se sabe, o direito a participar e influenciar as decisões judiciais, garantido pela CF/88, só é pleno naquilo em que a outra parte aventou. Noutros termos: o réu não se defende de tudo, mas apenas e tão somente daquilo que o autor lhe imputou, sobretudo nos processos criminais. Se, em sentença,

---

[5] RANGEL, Paulo. *O Garantismo Penal e o Aditamento à Denúncia*. Disponível em www.mundojuridico.adv.br, página 07.

[6] DIDIER JÚNIOR, Fredie et al. *Curso de direito processual civil.vol.2.*,pág. 247. Salvador: Juspodium, 2007.

o juiz condena o acusado com arrimo em fatos totalmente diversos daquele sobre os quais o réu exerceu a sua defesa, certamente o contraditório será ofendido.

Especificamente na órbita criminal, portanto, a correlação ganha aspectos ainda mais relevantes, vez que a decisão judicial não pode abarcar fatos que não constaram da peça inicial acusatória, o libelo. Assim não fosse, certamente restaria prejudicada a ampla defesa, pois o réu, caso não houvesse tal correlação, deveria ter que se defender daquilo que sequer imaginava...

Oliveira[7], de seu modo, ratifica tal entendimento, dizendo que a correlação não deixa de ser uma

> (...) garantia do indivíduo ao devido processo legal. Assim, o réu não poderá ser condenado pela prática de fato *não constante da denúncia ou queixa*, ou ainda por fato *diverso daquele ali mencionado*, sem que antes se proceda à correção da inicial (...).

Shimura[8]**,** com maestria, explicita o tema:

> Do mesmo modo que sucede no processo civil, ocorre no processo penal. A peça inicial acusatória, seja denúncia, seja queixa-crime, deve descrever perfeitamente bem a espécie delituosa que constitui a causa *petendi*, a razão do pedido, o fato que originou o pedido. No que refere à qualidade e quantidade da pena, o pedido é sempre genérico, vez que, conforme os critérios adotados pelo Código Penal, compete exclusivamente ao Juiz dosá-la. Portanto, como sucede na esfera cível, no campo penal não se admite julgamento ultra, extra ou *citra petitum*. Se o Promotor denuncia por lesão corporal, o Juiz não pode condenar o réu por furto, sob pena de estar decidindo *extra petitum.* Denunciado por dois crimes, a sentença não pode analisar somente um deles; seria julgamento *citra petitum.* Acusado de lesão corporal leve, o Juiz não pode condená-lo por lesões graves, caso em que a sentença seria *ultra petitum.*

Tal regra, como não poderia ser diferente, tem encontrado guarida na jurisprudência, consoante se lê a partir de trecho de julgado do Superior Tribunal de Justiça, *in litteris:*

> PENAL. PROCESSO PENAL. AUMENTO DA PENA. INOBSERVANCIA DO ART. 384 DO CPP.
>
> **I – O princípio da correlação entre a imputação e a sentença representa uma das mais relevantes garantias do**

[7] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 7.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, página 507.

[8] SHIMURA, Sério Seiji. *Breves considerações sobre a emendatio libelli e a mutatio libelli*. In: *Revista Justitia*, APMP: São Paulo, ano 53, vol. 153, jan./mar. 1991, pág. 01.

direito de defesa, que se acha tutelado por via constitucional.

II – Qualquer distorção, sem observância do disposto no art. 384, da Lei Processual Penal, significa ofensa àquele princípio e acarreta nulidade da sentença (RSTJ 68/340; Resp

III- Recurso conhecido e provido para anular o feito a partir da sentença de 1. grau.

(REsp 44.619/AM, Rel. Ministro PEDRO ACIOLI, SEXTA TURMA, julgado em 09.05.1994, DJ 30.05.1994 p. 13521 - destaques acrescentados)

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. MUTATIO LIBELI. ART. 384, CAPUT, DO CPP. OBSERVÂNCIA. CONDENAÇÃO. PROVAS DO INQUÉRITO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. TESTEMUNHO POLICIAL. EFICÁCIA PROBATÓRIA. VALORAÇÃO DAS PROVAS. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. PRECEDENTES MATÉRIA RESERVADA À APRECIAÇÃO EM SEDE DE REVISÃO CRIMINAL.

1. O princípio da correlação visa assegurar a ampla defesa, em nada impedindo que diante de circunstâncias fáticas novas, surgidas na instrução processual, sob o crivo do contraditório, modifique-se a imputação dada ao agir do acusado.

2. Na espécie, o Magistrado reconheceu existir elementar da conduta imputada ao acusado, não contida na denúncia, que não agravava sua pena e, em perfeita observância ao art. 384, caput, do Código de Processo Penal, abriu prazo para a Defesa manifestar-se, não havendo falar em aditamento da denúncia.

(...)

7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido.

(REsp 604.815/BA, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 23.08.2005, DJ 26.09.2005 p. 438 – destaques acrescentados).

No Código de Processo Civil, por outro lado, o princípio da congruência está disposto nos arts. 128 e 460, e, nas palavras de **Didier Jr. *et al***, obedecer à

congruência significa a obtenção de uma "decisão plena", a qual analisa todos os pedidos deduzidos e mais aqueles denominados de pedidos implícitos (como a correção monetária, por exemplo).

Tal princípio também traz, para o processo, a noção da referibilidade, vez que a decisão deve sempre ter como parâmetro a demanda e seus elementos, como dito. Aliás, para **Calmon de Passos**[9], "*a petição inicial é um projeto da sentença que se pretende obter*".

Para **Didier Jr. *et al***, a congruência pode ser dividida em (i) externa, a qual se subdivide em (i.1) objetiva e (i.2) subjetiva; e (ii) interna. *In verbis*[10]*:*

> *A* congruência externa *da decisão diz respeito à necessidade de que ela seja correlacionada, em regra, com os sujeitos envolvidos no processo (congruência subjetiva) e com os elementos objetivos da demanda que lhe deu ensejo e da resposta ao demandado (congruência objetiva). A* congruência interna *diz respeito aos requisitos para a sua inteligência como ato processual. Neste sentido, a decisão precisa revertir-se dos atributos da clareza, certeza e liquidez.*

Assim, dentre as hipóteses de incongruência externa objetiva, estão as decisões *ultra petita* (além do pedido), *extra petita* (fora do pedido) e *citra petita* (aquém do pedido).

Na verdade, especificamente no processo penal, os limites da atuação do magistrado não se mostram especificamente pelo pedido (que é, invariavelmente, o mesmo, qual seja, o da "condenação"), mas pela *causa petendi,* que narra os fatos delituosos imputados ao acusado. Nesse sentido, **Oliveira**[11]:

> Afirma-se na teoria do processo (e particularmente no processo civil) que o provimento final judicial deverá se ajustar ao pedido formulado pela parte, sob pena de configurar sentença *extra* (além) ou *citra* (aquém) *petitum.* Em processo penal, a questão apresenta-se de modo inteiramente diferente, mais pelas peculiaridades e especificidades dessa modalidade de tutela jurisdicional que propriamente por incompatibilidade teórica.
>
> Com efeito, a providência final que, em regra, espera-se no processo penal condenatório (...) é a absolvição ou a

[9] Apud DIDIER JR. et al, ob. cit., pág. 246.
[10] Idem, ibidem.
[11] Ob. citada, págs. 506-507.

> condenação do réu nas sanções em que se achar ele incurso, isto é, nas penas cominadas no tipo penal correspondente à conduta reconhecidamente praticada.
>
> Afirma-se, com isso, que o pedido é sempre genérico, no sentido de com ele se viabilizar a correta aplicação da lei penal, independentemente da alegação do direito cabível trazido aos autos pelas partes. O Juiz Criminal estaria vinculado apenas à imputação dos fatos, atribuindo-lhes, uma vez reconhecidos, a conseqüência jurídica que lhe parecer adequada, tanto no que respeita à classificação (juízo de tipicidade) quanto à pena e à quantidade de pena a ser imposta.
>
> (...)
>
> O pedido no processo penal, rigorosamente falando, portanto, seria o de condenação. Nada mais.
>
> (...)
>
> **Tem-se, portanto, que o princípio da correlação entre o pedido a sentença absolutória ou condenatória, em sede de processo penal, há de se arrimar na *causa petendi,* isto é, no caso penal trazido a juízo, consistente na imputação da prática de determinada conduta, comissiva ou omissiva, que configure específica modalidade (tipo) delituosa.**
>
> (negrito acrescentado)

Voltando às definições acima expostas (as quais já se tornaram usuais na processualística moderna, existindo poucos estudiosos que delas não se utilizem), poder-se-ia dizer que seria, assim, decisão *ultra petita* aquela na qual o juiz se excede, indo além daquilo que lhe foi posto à apreciação; na *extra petita,* por outro lado, o magistrado *não analisa* o que lhe foi colocado, imaginando situações que dos autos não constam. Neste caso, não há como se deixar de dizer que há, também, uma decisão *citra petita,* já que, ao "inventar", ele acaba não analisando o caso, configurando-se, assim, o seu *decisum*, em *citra petita,* ou seja, houve negativa (total ou parcial) de prestação jurisdicional, ofendendo-se, inclusive, o art. 5º, XXXV, CF/88.

Já as hipóteses de incongruência externa subjetiva, como o nome diz, referem-se aos integrantes da relação jurídica processual, e, da mesma forma, falar-se-á em *ultra petita* se seus efeitos, além de atingirem quem faz parte da relação processual, também se fizerem presentes para quem não participa do processo; *citra,* se deixar de regulamentar a situação de todos os envolvidos na demanda e, por fim, será *extra* se apenas atingir quem não participa do feito.

No que tange aos casos de incongruência interna, verifica-se uma intrínseca relação entre os requisitos do pedido inicial, mormente no processo civil. Assim, como regra, o pedido deve ser composto de *liquidez, certeza* e *concludência,* nos termos de **Didier Jr. *et al***, pelo que a sentença, outrossim, também deve demonstrar *liquidez, certeza* e *clareza/coerência.*

Se o *decisum* não apresentar tais características, pode ser caso de nulidade ou de anulabilidade, as quais podem ser suscitadas em grau recursal (notadamente pela via dos embargos de declaração) ou mediante ações autônomas de impugnação, como a ação rescisória e o *habeas corpus.*

Rangel[12], por seu turno, aduz que

> O nosso código de processo penal, sendo ele da Era Vargas, dispõe em seu art. 564, III, m, que ocorrerá a nulidade por falta da sentença. Na verdade não é a ausência da sentença que acarreta a nulidade, pois sem ela não há a entrega da prestação jurisdicional, mas sim, a ausência dos requisitos que lhe são essenciais, bem como, se o juiz julgar *ultra, extra* e *citra petita*.[13]. A sanção de nulidade é um corolário lógico do respeito as garantias constitucionais dadas ao acusado, pois as normas jurídicas, como expressão da vontade do Estado, devem ser utilizadas e aplicadas com o fim precípuo de se atingir o bem comum. O bem de toda a coletividade com o conseqüente respeito a dignidade da pessoa humana.

Quanto à inércia do Judiciário, importante ressaltar que tal característica se coaduna, sobremaneira, com o atual sistema processual penal brasileiro, consagrado pela Constituição Federal, em seu art. 129, I, qual seja, o acusatório[14].

Como se sabe, o sistema acusatório tem como pilar a separação das funções de acusador e julgador, na medida em que o seu antecessor, o sistema inquisitório, concentrava tais funções em apenas uma pessoa, situação esta que, invariavelmente, maculava a justiça das decisões, a equidade e a imparcialidade.

Sobre o tema, vejam-se as palavras de **Rangel**[15]:

> A sociedade tem, hoje, a garantia de que o órgão que exerce a persecução penal é distinto do órgão que irá julgar fazendo nascer a imparcialidade do órgão julgador. Não há mais espaço, dentro de um Estado constitucional Democrático de Direito, para a figura do juiz inquisidor, ou seja, aquele que ao mesmo tempo que acusa, também, julga. Trata-se de uma garantia constitucional de todo e qualquer acusado ser levado ao banco dos réus somente pelo Promotor natural, o que significa dizer: aquele, previamente, com atribuição delimitada em lei e

[12] Ob. citada, pág.08.

[13] "O Código de Processo Penal Português tem regra clara e própria sobre o tema em seu art. 379 onde comina pena de nulidade a sentença que, não respeitando os limites traçados pelos arts. 358 e 359, condene o argüido por fatos ão constantes do objeto do processo" (nota de rodapé de autoria de **Rangel**: ob.citada, pág. 08).

[14] Muito embora, para alguns doutrinadores, o Brasil adote um sistema misto, na medida em que o inquérito é um procedimento extra-Judiciário. Nesse sentido, por todos, TORNAGUI, Hélio. *Curso de processo penal.* Vol. 1. São Paulo, Saraiva, 1990.

[15] Ob. citada, pág. 03.

> independente no exercício de suas funções e que goza do atributo da inamovibilidade[16].
>
> A separação das funções de acusar e julgar é vista por Luigi Ferrajoli como a mais importante do modelo acusatório.

Sobre o tema, também assevera **Ferrajoli**[17]:

A separação de juiz e acusação é a mais importante de todos os elementos constitutivos do modelo teórico acusatório, como pressuposto estrutural e lógico de todos os demais. (...) A garantia da separação, assim entendida, representa por uma parte, uma condição essencial da imparcialidade do juiz em respeito as partes da causa.

Novamente, **Rangel**[18]:

> Nesse caso, é vedado ao juiz agir ex officio sendo um postulado constitucional o axioma nullum iudicium sine accusatione. A acusação penal é reservada ao Ministério Público sendo vedado ao juiz fazer qualquer acréscimo ao perímetro já traçado pelo órgão acusador e, antes de tudo, fiscal da lei, ao objeto do processo. A acusação, formada pelo binômio imputação + pedido, traça a esfera dentro da qual o órgão julgador irá decidir o conflito de interesses, sendo-lhe vedado julgar ultra, extra e citra petita. Qualquer decisão judicial proferida fora dos limites, previamente, delimitados pelo Ministério Público é nula de pleno direito, esteja ela aplicando sanção mais grave, menor ou igual a que se pediu. É o fato que determina os limites da pena e não a sua qualificação jurídica. Neste caso respeitaremos o direito de defesa.
>
> (...)
>
> O sistema processual penal acusatório vem assim ao encontro dos direitos de ampla defesa, do contraditório, do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública e da característica mor da jurisdição que é a imparcialidade do órgão jurisdicional. Razão pela qual, qualquer modificação, substancial ou não, do fato, objeto do processo, deve ser

---

[16] O autor em sua obra *Direito Processual Penal*, (3 edição, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2000, p. 31) assim se manifesta quanto ao princípio do Promotor natural: *O Promotor Natural, assim, é garantismo constitucional de toda e qualquer pessoa (física ou jurídica) a ter um órgão de execução do Ministério Público com suas atribuições previamente estabelecidas em lei, a fim de se evitar o chamado Promotor de encomenda para esse ou aquele caso. O princípio existe muito mais em nome da sociedade do que propriamente da pessoa física do Promotor de Justiça, pois, na verdade, exige-se, dentro de um Estado Democrático de Direito, que a atuação dos órgãos do Estado seja pautada pelos princípios da legalidade, moralidade e impessoalidade (cf. art. 37, caput, da CRFB) não sendo admissível que os atos sejam praticados pelo Ministério Público com interferência de terceiros em afronta ao Devido Processo Legal*. Nota de autoria de **Rangel** (ob. citada, pág. 03).

[17] *Derecho y Razón*, 3 edição, Madrid, Trotta, 1998, p. 567 (nota de rodapé de **Rangel**, ob. citada, pág. 04).

[18] Ob.citada, págs. 3-5.

> acrescida pelo titular da ação penal, sob pena do réu não poder ser condenado por fato que não conste, por inteiro, da acusação.

Sobre o assunto, é a lição de **Noronha**[19]:

> "(...) *no sistema acusatório, as funções se separam: diferentes órgãos se ocupam da acusação, da defesa e do julgamento. Acusador e réu estão em pé de igualdade, são partes; e decidindo de suas pretensões, eqüidistante deles, encontra-se o juiz. Concentra este em suas mãos o poder de julgar e as funções relativas à atividade jurisdicional. Embora lhe seja facultada certa atividade na produção da prova, tal fato não lhe tira aquelas características". (...) Em regra, apontam-se como característicos seus a oralidade, o julgamento popular, a publicidade e o livre convencimento. Não são, porém, indispensáveis ou fatais. A prova é que, entre nós, a oralidade só se verifica, em regra, no julgamento pelo júri, dominando, aliás, estranhamento no processo civil. O que se patenteia no penal é a publicidade ampla e geral, consagrada no art. 792. Não obstante, esse princípio sofre restrições (...)".*

Dessa forma, está mais que evidenciada a necessidade de se manter incólume o disposto no art. 129, I, CF/88, na medida em que a titularidade da ação penal pública compete, única e exclusivamente, ao Ministério Público. Nesse sentido, qualquer ingerência, na esfera da acusação, por parte do Judiciário, poderá implicar em ofensa ao próprio sistema acusatório e, mais, aos princípios constitucionais da imparcialidade do juiz e do contraditório. Nesse sentido, por todos, vejam-se os dizeres de **Jardim**[20]:

> A nosso juízo, os princípios mais importantes para o processo penal moderno são o da imparcialidade do Juiz e do contraditório. Pode-se mesmo dizer que os demais princípios nada mais são do que consectários lógicos destes dois princípios. Assim, o princípio da demanda ou da iniciativa das partes, próprio do sistema acusatório, decorre da indispensável neutralidade do órgão julgador. Sem ela, toda a atividade jurisdicional estará viciada. Por este motivo, a tendência é retirar do Poder Judiciário qualquer função persecutória, devendo a atividade do Juiz ficar restrita à instrução criminal, assim mesmo, supletivamente ao atuar das partes. (...) Trabalhando com os princípios que informam o sistema processual penal em vigor, constata-se que o Tribunal não tem

[19] NORONHA, Edgard Magalhães. *Curso de direito processual penal.* 28.ed. São Paulo : Saraiva, 2002.
[20] JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal.* 11.ed. Rio de Janeiro : Forense, 2007, págs. 190-191.

> como obrigar o Ministério Público a oferecer denúncia que o órgão acusador entenda incabível, pois estar-se-ia violando o salutar princípio da demanda ou da ação, resultante de outro princípio absolutamente importante: *ne procedat judex ex officio.* O Juiz não pode provocar a sua própria jurisdição, formulando a *opinio delicti* que é exclusiva do Ministério Público (art. 129, I, da nova Constituição da República).

3. OS LIMITES DA COISA JULGADA

A questão da correlação pode ser colocada sob um outro prisma, na exata medida em que, se a sentença somente pode (ou melhor, deve) analisar aquilo que a lei assim determina (*v.g.,* as matérias de ordem pública) e, sobretudo, aquilo que as partes levaram ao conhecimento do Judiciário (inerte, por excelência), verifica-se que um dos seus mais importantes efeitos, qual seja, a **imutabilidade daquilo que restou decidido – que decorre da coisa julgada -** somente pode valer para os fatos e personagens dos autos.

Liebman, citado por **Rangel**[21], define a coisa julgada como sendo:

> (...) o comando emergente de uma sentença. Não se identifica com a definitividade e intangibilidade do ato que pronuncia o comando; é pelo contrário, uma qualidade, mais intensa e mais profunda, que reveste o ato também em seu conteúdo e torna assim imutáveis, além do ato em sua existência formal, os efeitos, quaisquer que sejam, do próprio ato[22].

Como se sabe, a coisa julgada pode ser formal ou material. Nas palavras de **Rangel**[23]:

> (...) formal quando fica limitada ao processo que com ela se encerra. Material quando transcende nos seus efeitos para atingir processo posterior sobre o mesmo litígio[24]. Criam-se vínculos e limitações de natureza processual e material que impedem o *bis in idem*, ou seja,

[21] Ob. citada, pág.16.

[22] *Eficácia e Autoridade da Sentença.* 3 edição, Rio de Janeiro, Forense, 1984, p. 54. Nota de autoria de **Rangel** (ob. citada, pág. 16).

[23] Ob.citada, pág.16.

[24] Eberhard Schmidt. *Los Fundamentos Teóricos Y Constitucionales Del Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, 1957, p. 160. Nota de autoria de **Rangel** (ob. citada, pág. 16).

> o reexame do mérito da questão decidida em outro processo perante as mesmas partes.

A imutabilidade da coisa julgada decorre da necessidade imperiosa de o jurisdicionado ter a certeza de que o Judiciário decidiu, de forma imutável (em regra) determinada questão. É, a um só tempo, medida de segurança jurídica e de acesso à ordem jurídica justa, vez que, caso não houvesse o término da demanda, ninguém iria se dar ao trabalho de passar por um longo processo, já que a qualquer tempo aquele demorado resultado poderia ser modificado. Sobretudo no processo penal, a coisa julgada tem um viés garantista, já que, no sistema brasileiro, não existe a revisão criminal *pro societate.* Assim, condenado – ou absolvido – definitivamente, aquele acusado saberá, com máxima certeza, que não poderá ser demandado novamente por conta daqueles mesmos fatos que lhe foram imputados na peça acusatória (em regra).

Roxin, citado por **Rangel**[25], aduz, a corroborar as assertivas acima:

> A coisa julgada material serve de proteção do acusado. Com ela se reconhece jurídico-fundamentalmente seu interesse em ser deixado em paz depois de ditada uma decisão de mérito que já não mais é impugnável.[26]

Especificamente no que mais aqui interessa, podem ser referidos os "limites" da coisa julgada, os quais são objetivos e subjetivos. Ainda, **Rangel**[27]:

> A eficácia, em si, da sentença atua em relação a todos os indivíduos, porém a *res iudicata* só tem validade entre as partes as quais é dada[28]. As partes suportam a sentença transitada em julgado. A imutabilidade se dirige às partes. Assim, se Caio é absolvido da prática do crime de roubo e a sentença transita em julgado nada impede que Ticio seja processado, pelo mesmo fato, face o concurso de agentes descoberto após o trânsito em julgado. Nesse caso, dependendo do fundamento da sentença, poderá Ticio ser trazido ao banco dos réus. O limite do caso julgado atinge apenas a Caio. Entretanto, se Caio foi absolvido por ser o fato atípico, lógico que Ticio não poderá ser processado pelo mesmo fato, pois aplica-se o art. 580 do CPP, analogicamente. **A isso chamamos de limites subjetivos da coisa julgada**.

---

[25] Ob.citada, págs.17-18.

[26] Ob. cit. p. 436 (nota de autoria de **Rangel;** ob. citada, pág. 18).

[27] Ob.cit., pág.18.

[28] Art. 472 do CPC. "A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicado terceiros (...)". Nota de autoria de **Rangel** (ob. citada, pág. 18).

O fundamento político dos limites subjetivos da coisa julgada está no próprio direito de liberdade, como acentua Ada Pellegrini Grinover[29]

Os limites objetivos se referem aos fatos objeto de julgamento. Os fatos principais. Os pontos ou questões litigiosas que foram decididos na sentença é que circunscrevem os limites objetivos da coisa julgada.

O Código de Processo Penal é tímido quanto ao limites objetivos da coisa julgada referindo-se aos mesmos no art. 110, §2º do CPP (...)

Ora, o que entender por fato principal para acobertar-lhe com o manto da coisa julgada?

Entendemos que fato principal é aquele fato material ocorrido no mundo dos homens independentemente da qualificação jurídico penal dada ao fato. É o fato, cometido pelo homem, em sua integridade física. É o fato histórico ocorrido na vida.

Se Tício subtraiu para si coisa móvel alheia mediante destruição de obstáculo com emprego de arma de fogo (fato da vida, ocorrido no mundo dos homens) porém, o Ministério Público somente imputou ao ele a subtração para si de coisa móvel alheia mediante destruição de obstáculo (furto qualificado), não pode o Estado, após o trânsito em julgado, mesmo com provas novas, instaurar processo pelo crime de porte de arma. O fato principal é um só e já foi julgado. Entender diferente, é estabelecer no ordenamento jurídico brasileiro a revisão criminal *pro societat*, o que, por si só, é vedado.

Não pode o Estado continuar as investigações sobre o acusado que foi absolvido com trânsito em julgado, alegando que o crime foi de roubo, porém não ficou demonstrada a grave ameaça exercida com a arma de fogo. Assim, inadmissível será instauração de novo processo para apurar, agora, aquele porte (ou utilização) de arma. A utilização da arma faz parte do fato principal (roubo) que já foi objeto de julgamento e não admite reabertura da ferida cicatrizada com a res iudicata.

---

[29] "*O fundamento político da limitação subjetiva da coisa julgada penal está no próprio direito de liberdade: vincular o terceiro à sentença condenatória que se formou relativamente a outro indivíduo, significaria sacrificar a exigência da justiça e os direitos de defesa a um princípio lógico e abstrato de coerência formal entre os julgados; por outro lado se o terceiro pudesse invocar a sentença absolutória proferida com relação ao co-autor, acabaria desfrutando de uma impunidade injustificada, incompatível com o caráter relativo da sentença"* (Eficácia e Autoridade da Sentença Penal. 1 edição, São Paulo, RT, 1978, p. 13/14); nota de rodapé de autoria de **Rangel**; ob. citada, pág. 18.

> No mesmo sentido, se o acusado foi condenado no furto simples não pode o Estado, agora, aceitar a instauração de novo processo, contra o mesmo réu, pelo crime de dano alegando ter havido destruição de obstáculo à subtração da coisa, já objeto de julgamento trânsito em julgado.
>
> O fato principal é um só e já foi objeto de julgamento.
>
> E ainda: se absolvido do crime de furto não pode o réu ser, agora, acusado pelo crime de constrangimento ilegal (ou lesão corporal leve) contra mesma vítima praticado no mesmo dia, hora e local, provando-se, entretanto, com provas novas, que houve emprego de violência. O fato é um só. Já operou o trânsito em julgado, nada mais se pode fazer, sob pena de não haver a segurança e a estabilidade social que exige a coisa julgada.
>
> A coisa julgada açambarca o fato sob todos os pontos de vista jurídicos[30]. Se o réu foi absolvido (ou condenado) pela prática do crime de latrocínio não pode o Estado, agora, querer instaurar novo processo, pelo mesmo fato, contra o mesmo réu, pela prática do crime de homicídio com a desculpa de que novas provas demonstram que nada foi subtraído e que sua intenção era de matar. O fato principal, sobre o qual recaiu a apreciação do Estado, já está protegido pelo manto da res iudicata.
>
> É bem verdade que o Código de Processo Penal é tímido na disciplina da coisa julgada não havendo, como deveria, um capítulo próprio da res judicata. Entretanto, nada impede que se aplique não só o disposto no § 2º do art. 110 CPP, mas também as regras insertas no Código de Processo Civil[31].
>
> O no bis in idem tem a função garantidora impedindo que o acusado, que já se submeteu a cerimônia fúnebre[32] que é o processo penal, venha novamente a ser processado pelo mesmo fato.
>
> (destaques acrescentados).

Resultaria, assim, em gigantesca mácula ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa se o juiz pudesse, por exemplo, estender os efeitos da condenação do réu "x" ao

[30] Claus Roxin, ob. cit. p. 437. Nota de autoria de **Rangel** (ob. citada, pág. 20).

[31] *cf.* arts. 467 *usque* 475 do CPC. Nota de autoria de **Rangel** (ob. citada, pág. 20).

[32] Francesco Carnelutti. *Las Miserias Del Proceso Penal*. Buenos Aires, EJEA, 1959, p. 112. Nota de autoria de **Rangel** (ob. citada, pág. 20).

cidadão "y", o qual, por uma razão qualquer, também possa ter praticado o mesmo fato delituoso cometido por "x" mas que não integrou a lide penal. Trata-se, na hipótese, de um limite subjetivo da coisa julgada, consagrado pela legislação processual civil e criminal, como não poderia ser diferente.

Da mesma forma, não seria razoável que ao magistrado fosse dado o "direito" de, em uma demanda na qual o Ministério Público imputa ao réu o crime "x" e em que se ficam demonstradas (i) a inexistência de autoria e, em contrapartida, (ii) a prática, por aquele mesmo acusado, do crime "y", condená-lo pelo que ficou provado e, mais, fazer ressuscitar feito no qual os fatos narrados foram decididos, ainda de que forma errônea (salvo em benefício do réu, por conta do princípio do *favor rei,* como se sabe).

Destarte, os limites da coisa julgada constituem manifesto direito fundamental, vez que, a um só tempo, protegem os jurisdicionados de arbitrariedades e se coadunam com o verdadeiro e incontestável devido processo legal, tanto sob a sua égide forma, como em seu aspecto material (art. 5°, LIV, CF/88).

4. OS ATOS PROCESSUAIS RELACIONADOS (A DENÚNCIA: ATO POSTULATÓRIO; E A SENTENÇA, ATO DECISÓRIO)

A denúncia, como se sabe, é a petição inicial do processo penal; é a peça típica de acusação, na qual o Autor – Ministério Público – expõe os fatos, com todas as suas circunstâncias (sujeito ativo do crime, os autores e meios empregados, o mal produzido, o lugar do crime, o tempo do fato e a maneira pelo qual o fato foi praticado), a qualificação do acusado, a classificação do crime, o rol de testemunhas (se necessário), o endereçamento, a autenticação e o pedido de condenação, em linhas gerais. É, assim, um ato processual classificado como "postulatório", na medida em que é nele que o órgão acusador requer, ao magistrado, que exerça o *jus puniendi* estatal.

É na denúncia, assim, que são delimitados os fatos e os agentes que integrarão a relação processual que ora se inicia e que terminará, pelo menos em primeiro grau de jurisdição, com a sentença (muito embora, na doutrina processual penal, adote-se, em sua maioria, a teoria de que as "decisões interlocutórias mistas" também têm força de terminar o processo).

A sentença, por seu turno, pode ser conceituada como o "ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, com ou sem julgamento de mérito", nas palavras de **Tourinho Filho**. Tem natureza jurídica de "declaração de vontade" e, também, é "resultado de uma atividade mental do julgador", consoante lembra **Goldschmidt**. Tem como função básica a de "declarar o direito", até mesmo porque, quando o juiz sentencia, nada mais está fazendo que aplicar a lei ao caso concreto. Tem como requisitos, como se sabe, o relatório (dispensado, *ex vi legis,* nos juizados especiais), a fundamentação ou motivação e o dispositivo.

O princípio da correlação, como o próprio nome diz, nasce da necessidade de que a sentença "reflita" aquilo que foi colocado na exordial, sob pena de nulidades das mais graves, consoante expõem **Grinover *et al*[33]**:

> *O princípio da correlação entre acusação e sentença, também chamado de congruência da condenação com a imputação, ou, ainda, da correspondência entre o objeto da ação e o objeto da sentença, liga-se ao princípio da inércia da jurisdição e, no processo penal, constitui efetiva garantia do réu, dando-lhe certeza de que não poderá ser condenado sem que tenha tido oportunidade de se defender de tal acusação. (...)*
>
> *Assim, não pode o juiz condenar o réu por fato não articulado na denúncia e que venha a ficar evidenciado durante o fluir do processo, ou abranger na sentença co-réu não incluído na denúncia, cuja participação não venha a ficar evidenciada durante a instrução; nessas hipóteses, impõe-se nova acusação, por aditamento ou denúncia separada. Se houver aditamento, o réu deve ser citado, realizando-se nova instrução, sob pena de nulidade.*

No entanto, o CPP traz dois institutos que, de certa forma, alteram o que foi até agora colocado, os quais serão abaixo mais bem estudados.

5. A *EMENDATIO LIBELLI* (ART. 383, CPP) E A *MUTATIO LIBELLI* (ART. 384, CPP)

Diz expressamente o art. 383**:** "*O juiz poderá dar ao fato definição jurídica diversa da que constar da queixa ou da denúncia, ainda que, em conseqüência, tenha de aplicar pena mais grave*."

Acima está descrito o que a doutrina convencionou chamar de *emendatio libelli*. Tal instrumento ocorre porque quando o MP, no momento da acusação, narra corretamente os fatos ocorridos, todavia, no quando da tipificação, do enquadramento dos fatos narrados aos delitos cominados pelo Código Penal, acaba por se equivocar.

Na definição de **Oliveira**[34]:

> (...) A *emendatio libelli* é a expressão mais eloqüente desse compromisso com a preservação da ordem jurídica.

[33] Grinover, Ada Pelegrini et al. *As nulidades no processo penal*. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, págs. 208-229.

[34] Ob. citada, págs. 508-509.

> Uma vez narrado o fato na denúncia ou queixa, a conseqüência jurídica que dele extrai o seu autor, o Ministério Público ou querelante, não vincula, nem poderia vincular, o juiz da causa. *Narra-me o fato que te darei o direito,* como dizia o antigo brocardo latino. Obviamente, a pena a ser aplicada não resulta da *escolha* do autor da ação, mas de imposição legal.
>
> Assim, a *emendatio* não é outra coisa senão a *correção* da inicial (libelo, nessa acepção), para o fim de adequar o fato *narrado* e efetivamente *provado* (ou não provado, se a sentença não for condenatória, caso em que seria dispensável a *emendatio)* ao tipo penal previsto na lei.

Nas palavras de **Shimura**[35]

> A *emendatio libelli* constitui-se conformação feita pelo Juiz ao 'fato' narrado pelo Promotor. O artigo 383 do Código de Processo Penal dispõe que 'o Juiz' poderá dar ao fato definição jurídica diversa da que constar da queixa ou denúncia, ainda que, em conseqüência, tenha de aplicar pena mais grave.

Neste caso, o 'fato' permanece o mesmo, contra o qual o réu já se defendeu(5). 'Definição jurídica é a classificação do crime, é a subsunção do fato ao tipo', compreendendo-se que este possa ser alterado, pois, não obstante a presunção legal de que a lei é conhecida por todos, a verdade é que o réu não se defende deste ou daquele 'delito definido no Código', mas sim do 'fato criminoso' que lhe é imputado.

Em termos semelhantes, é o que preceitua **Gomes**[36]:

> Princípio da correlação entre a acusação e a sentença
>
> Regra básica: É (*sic)* impossível julgamento *ultra, extra ou citra petita,* ou seja, o juiz não pode julgar além, fora ou aquém do pedido.
>
> Dessa regra surge a necessidade de se estudar dois institutos:
>
> 1.) *Emendatio libelli:* (art. 383, CPP): *emendatio* significa emendar, corrigir o libelo (leia-se: a imputação feita na peça acusatória). Nesse caso, o fato provado é exatamente o fato narrado. O problema está na classificação jurídica do fato. A classificação jurídica da denúncia vincula o juiz? Não. O juiz pode e deve corrigir a classificação jurídica do fato. Por quê? Porque o juiz conhece o direito. Estará nesse caso fazendo uma *emendatio libelli.* É o *nahra mi factum dabo tibi ius.* O juiz faz

[35] Ob. citada, página 02.

[36] GOMES, Luiz Flávio. *Direito processual penal, v. 6.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, págs. 323-324.

> a emenda sem ouvir a defesa. É aplicada também em 2º Grau e no Júri, mais precisamente na fase de pronúncia.

Para **Grinover *et al,*** tal possibilidade se abre por que o juiz é que deve, no momento do julgamento, adequar a qualificação jurídica, dizendo o verdadeiro direito aplicável à espécie. Para eles, a adequação feita pelo acusador é meramente provisória, o que vale são os fatos narrados. Nesse caso, nem haveria de se falar em ofensa ao contraditório, pois, como se sabe, o "réu se defende dos fatos", e estes foram corretamente expostos pelo acusador em sua peça inicial.

Por conta disso e, aplicando-se o brocardo *jura novit curia,* a jurisprudência e grande parte da doutrina têm entendido como constitucional a aplicação da *emendatio.* Nesse sentido, **Tourinho Filho**[37]:

> Cumpre observar, todavia, que no penal vigora o princípio do *jura novit curia,* isto é, o princípio da livre dicção do direito – o juiz conhece o direito. Em outras palavras, vigora o princípio do *narra mihi factum dabo tibi jus* (narra-me o fato e te darei o direito). A errada classificação do crime não impede, em princípio, a prolação de sentença condenatória. (...) se a peça acusatória descrever o fato criminoso perfeitamente, mesmo tenha havido errada classificação da infração, não será obstáculo a que se profira sentença condenatória. Afinal de contas, o réu não se defende da capitulação do fato, mas sim deste. Assim, uma errada classificação da infração não pode constituir obstáculo à prolação de eventual sentença condenatória.

Abaixo lição tirada do Pretório Excelso, que também aborda a *mutatio libelli:*

> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - HC 87503 / PA - PARÁ
> HABEAS CORPUS
> Relator(a): Min. CARLOS BRITTO
> Julgamento: 29/06/2006 Órgão Julgador: Tribunal Pleno
> (...) PublicaçãoDJ 18-08-2006 PP-00019 (...)
>
> Ementa

[37] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal.* 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2002, pág. 663.

> EMENTA: HABEAS CORPUS. TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. COMPETÊNCIA DO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (ALÍNEA "A" DO INCISO I DO ART. 6º DO RI/STF). SENTENÇA QUE CONDENOU O PACIENTE POR CRIMES DIVERSOS DAQUELES CAPITULADOS NA DENÚNCIA. ALEGADA OCORRÊNCIA DE MUTATIO LIBELLI, A MOTIVAR A ABERTURA DE VISTA PARA DEFESA.
>
> Dá-se **mutatio libelli** sempre que, durante a instrução criminal, restar evidenciada a prática de ilícitos cujos dados elementares do tipo não foram descritos, nem sequer de modo implícito, na peça de denúncia. Em casos tais, é de se oportunizar aos acusados a impugnação também desses novos dados factuais, em homenagem à garantia constitucional da ampla defesa. Verifica-se **emendatio libelli** naqueles casos em que os fatos descritos na denúncia são iguais aos considerados na sentença, diferindo, apenas, a qualificação jurídica sobre eles (fatos) incidente. Ocorrendo **emendatio libelli**, não há que se cogitar de nova abertura de vista à defesa, pois o réu deve se defender dos fatos que lhe são imputados, e não das respectivas definições jurídicas. Sentença condenatória que nada mais fez que dar novo enquadramento jurídico aos mesmos fatos constantes da inicial acusatória, razão pela qual não há que se exigir abertura de vista à defesa. Ordem denegada.

Em relação ao artigo 384 do CPP, por outro lado, a opinião da maioria da doutrina é dissonante daquela defendida pelo STF. *Ab initio,* a letra da lei:

> **Art. 384** - Se o juiz reconhecer a possibilidade de nova definição jurídica do fato, em conseqüência de prova existente nos autos de circunstância elementar, não contida, explícita ou implicitamente, na denúncia ou na queixa, baixará o processo, a fim de que a defesa, no prazo de 8 (oito) dias, fale e, se quiser, produza prova, podendo ser ouvidas até três testemunhas.
>
> **Parágrafo único** - Se houver possibilidade de nova definição jurídica que importe aplicação de pena mais grave, o juiz baixará o processo, a fim de que o Ministério Público possa aditar a denúncia ou a queixa, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, abrindo-se, em seguida, o prazo de 3 (três) dias à defesa, que poderá oferecer prova, arrolando até três testemunhas.

A *mutatio libelli,* ao contrário, ocorre quando o juiz, ao proferir a sua sentença, verifica, em face das provas produzidas no decorrer do processo, que houve uma alteração fática em relação à peça acusatória. Nos dizeres de **Grinover *et al***[38]*:*

> *(...)* Outra situação existe quando o fato considerado pelo juiz, em face da prova, já não é o mesmo, ou seja, devido a uma circunstância elementar, não contida, explícita ou implicitamente, na denúncia ou na queixa, o fato é outro. Alguma particularidade altera-lhe a fisionomia, exigindo do juiz determinadas providências para a garantia ampla do direito de defesa. Com elas, evita-se o julgamento além do pedido.

Para **Oliveira**[39], *"*enquanto na *emendatio* a definição jurídica refere-se unicamente à classificação dado ao fato, aqui, na *mutatio libelli,* a nova definição será *do próprio fato.* Não se altera simplesmente a capitulação feita na inicial, mas a própria *imputação do fato"*.

De acordo com a influência deste "fato novo" no cômputo da pena (critério este veemente criticado por **Rangel**), aplicar-se-á o *caput* ou o parágrafo único do art. 384, CPP; este, se a pena for aumentada; aquele, se mantida ou diminuída. Mas não é só isso. Assim, pode-se dizer que existem duas espécies de *mutatio:* a primeira, do *caput,* que se dá sem o aditamento da denúncia; e a segunda, do parágrafo único, que demanda iniciativa do Ministério Público para o seu processamento.

Essa diferenciação é bem efetuada por **Mirabete**[40]**:**

(a) Mutatio libelli sem aditamento

> *Caso durante a instrução do processo se colham provas de que existem elementos essenciais de tipo penal (a lei os denomina de "circunstâncias elementares") que não estão contidos, expressa ou implicitamente na denúncia, de modo que a sentença não pode ser proferida de imediato, deve o juiz baixar o processo a fim de que a defesa, no prazo de oito dias, produza provas, podendo arrolar até três testemunhas. A mutatio libelli* acarretará a nulidade da sentença se não for obedecido o artigo, pois tem o acusado o direito de saber qual é a nova imputação. Nada impede, porém, que o juiz, afinal, condene o acusado de acordo com a imputação original, ou que o tribunal o faça, em grau de apelação. A providência determinada no art. 384, *caput,* só é permitida se a pena a ser aplicada é idêntica ou menos grave do que a que seria cabível

[38] Ob. citada, pág. 208-229.

[39] Ob. citada, página 510.

[40] MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de processo penal interpretado.* 9.ed. São Paulo: Atlas, 2002, págs. 989-993.

> pela capitulação inicial. Caso a nova imputação possa acarretar pena mais grave aplica-se o disposto no parágrafo único do referido artigo. Por outro lado, se a denúncia descreve expressa ou implicitamente a imputação, a providência é dispensável, aplicando-se o art. 383. (...) O despacho que determina a baixa do processo é irrecorrível. (...)
>
> *Mutatio libelli* com aditamento
>
> Pode ocorrer que o juiz, diante da prova dos autos, deva aplicar pena mais grave do que a resultante da imputação penal em decorrência de circunstância elementar não contida expressamente ou implicitamente na denúncia. Nessa hipótese, o juiz deve baixar o processo a fim de que o Ministério Público possa aditar a denúncia (ou a queixa, na ação privada subsidiária). *Aditar* a denúncia significa, no caso, formular a imputação em novos termos, acrescentando as circunstâncias que agravam a acusação (...) . Não se permite, assim, a inclusão de novos fatos criminosos, ainda que exista conexão com o imputado originariamente. Nesta hipótese, se a denúncia for aditada fora dos parâmetros aviltrados pelo magistrado (o aditamento pode ocorrer até a sentença), o processo deve ser refeito, citando-se o acusado para novo interrogatório. Aplicando-se o art. 384, não é necessária nova citação do acusado, bastando a vista à defesa.

No caso do *caput,* assim, diz a lei que deve o juiz baixar os autos à defesa, para que dos novos fatos o réu se defenda, em 8 dias, podendo, para tanto, produzir provas a seu favor. Esta é a hipótese que, mais adiante, será cotejada em relação ao art. 129, I, CF/88 e ao próprio sistema acusatório.

Na hipótese do parágrafo único, o juiz deverá devolver os autos ao MP para que este proceda ao aditamento; se o acusador de primeiro grau assim não proceder, pode o juiz, por analogia, utilizar-se do procedimento previsto no art. 28, CPP e remeter aos autos ao Procurador-Geral de Justiça. Se este, assim como o primevo acusador, não fizer o aditamento, só resta ao magistrado condenar o réu pelo fato anteriormente lhe imputado (o que não deixa de ser um contra-senso, pois o juiz se convenceu de sua inocorrência, pelo menos da forma como está na acusação) ou absolvê-lo, situação esta que, aos olhos do leigo, também não é das melhores.

É esta a opinião de **Tourinho Filho**[41]**:**

[41] Ob. citada, págs. 663-664.

> Outras vezes, entretanto, ao proferir a sentença final, pode o juiz reconhecer a possibilidade de nova definição jurídica do fato, em conseqüência de prova existente nos autos de *circunstância elementar* não contida, explícita ou implicitamente, na denúncia ou na queixa.
>
> Evidente que, nessa hipótese, se, com a nova capitulação, a pena agravar-se, ou diminuir, ou, ainda, permanecer inalterada, não pode o juiz proferir sentença condenatória sem que se tomem certas providências. Se deve haver correlação entre sentenças e fato contestado e se este é o descrito na peça acusatória, pois a contestação versou sobre ele, seria profundamente estranho que, no curso da demanda, surgisse prova a respeito de uma *elementar* sobre a qual não houve contestação (nem podia haver, pois a denúncia ou queixa a omitiu) e o juiz pudesse condenar o réu por esse fato, já agora profundamente alterado. Estaria ele saindo daquele "perímetro traçado pela imputação contida no pedido acusatório". O julgamento, à evidência, seria *ultra petitum.* Então, três situações podem ocorrer: a) a circunstância elementar deixa a pena inalterada; b) altera, para diminuir a pena; c) o reconhecimento da elementar importa em aplicação de pena mais grave.

Analisados os dois referidos institutos, cumpre, adiante, analisar, com cautela, o *caput* do art. 384, CPP, núcleo, por assim dizer, do presente trabalho.

6. A FUNÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO E A CONSTITUCIONALIDADE DUVIDOSA DO *CAPUT*, ART. 384, CPP

Com a CF/88, as funções do Ministério Público foram ampliadas sobremaneira, transformando-o em um verdadeiro "defensor da sociedade[42]". Entre as atribuições mais relevantes do *Parquet* está, logo no primeiro inciso do art. 129, da CF/88, a de "*promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei*"[43].

Tal regra corrobora, de forma inescusável, como visto, o sistema acusatório, vez que entrega, a órgão diverso do julgador, a função de acusar. A privatividade da ação penal pública, assim, determina que o processo criminal somente pode ser deflagrado por denúncia ou queixa. Não há, dessa forma, como prevalecerem, à luz da ordem constitucional atual, a portaria ou o auto de prisão em flagrante como procedimentos instauradores da ação penal, por exemplo.

---

[42] Nesse sentido: Moraes, ob. citada, pág. 1715.

[43] São normas relacionadas ao art. 129, I, CF/88: art. 100, §1º, CPB; art. 24, CPP; art. 25, III, da lei 8625/93 (Lei Orgânica do Ministério Público).

Essa é a própria lição tirada do Supremo Tribunal Federal, ao consagrar, de forma absoluta, a titularidade do MP para a acusação:

> **A Constituição Federal deferiu ao Ministério Público o monopólio da ação penal pública (art. 129, I). O exercício do *jus actionis*, em sede processual penal, constitui inderrogável função institucional do Ministério Público, a quem compete promover, com absoluta exclusividade, a ação penal pública**. A cláusula de reserva, pertinente a titularidade da ação penal pública, sofre apenas uma exceção, constitucionalmente autorizada (art. 5º, LIX), na hipótese singular de inércia do *Parquet*. Não mais subsistem, em conseqüência, em face da irresistível supremacia jurídica de que se reveste a norma constitucional, as leis editadas sob regimes constitucionais anteriores, que deferiam a titularidade do poder de agir, mediante ação penal pública, a magistrados, a autoridades policiais ou a outros agentes administrativos. É inválida a sentença penal condenatória, nas infrações persequíveis mediante ação penal pública, que tenha sido proferida em procedimento persecutório instaurado, a partir da Constituição de 1988, por iniciativa de autoridade judiciária, policial ou militar, ressalvada ao Ministério Público, desde que inocorrente a prescrição penal, a possibilidade de oferecer denúncia.
>
> (RHC 68.314, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 20-9-90, *DJ* de 15-3-91, sem negrito no original).

Como se vê, não há dúvidas, tanto na doutrina, como na jurisprudência, em afirmar a titularidade exclusiva do MP para a ação penal pública.

No entanto, consoante o que se verificou a partir do *caput* do art. 384, CPP, o juiz, ao perceber a necessidade de se modificar a imputação, por conta de provas que surgiram no decorrer da marcha processual, pode o magistrado, **sem a participação do titular da ação penal,** modificar aquilo que restou efetuado na peça acusatória.

O que se deve ressaltar é que, em relação ao *caput* do art. 384. CPP, verifica-se evidente mácula ao art. 129, CF/88, já que o juiz – e não o Ministério Público, o real titular da ação penal – acaba se imiscuindo na acusação, revelando sua negativa face de "juiz-acusador", a qual felizmente o sistema acusatório aboliu (ou pelo menos, tentou abolir). Para **Oliveira**[44], a *mutatio* se consubstancia em "*uma das mais autoritárias manifestações do nosso ordenamento processual penal*":

> Ora, o expediente é autoritário na exata medida em que permite a iniciativa postulatória do próprio órgão da jurisdição penal. Autoritarismo que, aliás, colide com o nosso atual modelo

[44] Ob.citada, pág. 510.

> acusatório, que reserva a titularidade da ação penal pública ao Ministério Público, com *privatividade.* Quem detém a titularidade da ação penal pública é justamente quem pode se convencer da existência de fato novo, ou *circunstância elementar,* que poderia implicar a alteração da acusação, com a conseqüente alteração da definição jurídica.
>
> Não sabemos ainda a que atribuir o fato de essa questão não ter sido ainda objeto de maiores indagações nas Cortes Superiores, tendo em vista a sua manifesta incompatibilidade com a norma constitucional instituidora da titularidade ministerial para a acusação penal pública (art. 129, I).
>
> Com efeito, quando se permite ao juiz alterar não só a capitulação, mas o *próprio fato,* o que está se admitindo é a instauração de nova ação penal, pela via do *aditamento.*

Rangel[45], por seu turno, é ainda mais incisivo:

> O difícil para determinados operadores jurídicos é trabalhar com a Constituição e não com as regras vetustas dos arts. 384 e 385 CPP. Nesse caso, a interpretação conforme a Constituição[46] irá socorrê-los. (...)
>
> O parágrafo único do art. 384 impõe o aditamento à denúncia quando houver possibilidade de aplicação de pena mais grave, deixando entender que só se adita se houver pena mais grave, porém se a pena for igual ou menor não haverá aditamento[47].
>
> Discordamos desse entendimento. Seja a pena menor, igual ou maior deve-se sempre aditar a denúncia, sob pena de afrontarmos os princípios da correlação entre acusação e a sentença, da ampla defesa, do contraditório e, principalmente, violar o sistema acusatório, pois o juiz muda a acusação, *ex officio*.

Assim, tanto no caput do artigo 384 como no seu parágrafo único deve-se aditar a denúncia em detrimento da prova nova surgida no curso da instrução. Se for um pedaço do fato e houver prova nova de sua ocorrência o aditamento é medida imperiosa. Se for outro

---

[45] Ob. citada, págs. 22-23.

[46] "*Na interpretação conforme a Constituição, o órgão jurisdicional declara qual das possíveis interpretações de uma norma legal se revela compatível com a lei fundamental. (...) O papel da interpretação conforme a Constituição é, precisamente, o de ensejar, por via de interpretação extensiva ou restritiva, conforme o caso, uma alternativa legítima para o conteúdo de uma norma que se apresenta como suspeita*" (Barroso, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição.* 3 edição, Rio de Janeiro, Saraiva, pag. 182). Nota de autoria de **Rangel** (ob. citada, pág. 22)**.**

[47] *Cf* Tourinho Filho, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 18 edição, São Paulo, Saraiva, 1987, v. 4, p. 238 que defende ponto de vista no sentido de que só se adita se houver possibilidade de aplicação de pena mais grave, porém se a pena for igual ou menor aplica-se apenas o *caput* do art. 384 do CPP e, neste caso, sem aditamento, porém dando-se vista a defesa para se manifestar. Nota de autoria de **Rangel** (ob. citada, pág. 22).

fato conexo com o original, descoberto através de prova nova, adita-se a denúncia dando-se oportunidade ao réu de ser interrogado sobre esse novo fato conexo e praticar todos os demais atos processuais inerentes a sua defesa. Se for fato novo, porém sem conexão, instaura-se outra ação penal.

Nestes casos que estamos mencionando o aditamento será próprio real, ou seja, o acréscimo será de fatos ou de pedaços que lhe pertencem (elementares do tipo) e deverá, quanto a oportunidade, ser feito espontaneamente (independentemente de provocação do juiz) pelo Ministério Público face ao princípio da obrigatoriedade da ação penal pública.

O aditamento provocado é exceção e, por isso, está no art. 384, parágrafo único e no § 5º do art. 408, ambos do CPP.

Apesar disso, infelizmente não tem sido esta a opinião da jurisprudência, consoante se observa a partir da transcrição de recente julgado de lavra do Superior Tribunal de Justiça:

> RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. MUTATIO LIBELI. ART. 384, CAPUT, DO CPP. OBSERVÂNCIA. CONDENAÇÃO. PROVAS DO INQUÉRITO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. TESTEMUNHO POLICIAL. EFICÁCIA PROBATÓRIA. VALORAÇÃO DAS PROVAS. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. PRECEDENTES MATÉRIA RESERVADA À APRECIAÇÃO EM SEDE DE REVISÃO CRIMINAL.
>
> 1. O princípio da correlação visa assegurar a ampla defesa, em nada impedindo que diante de circunstâncias fáticas novas, surgidas na instrução processual, sob o crivo do contraditório, modifique-se a imputação dada ao agir do acusado.
>
> 2. Na espécie, o Magistrado reconheceu existir elementar da conduta imputada ao acusado, não contida na denúncia, que não agravava sua pena e, em perfeita observância ao art. 384, caput, do Código de Processo Penal, abriu prazo para a Defesa manifestar-se, não havendo falar em aditamento da denúncia.
>
> 3. A alegada nulidade do julgamento, feito com base exclusiva nas provas do inquérito, não foi debatida no acórdão recorrido ou, tampouco, foi objeto de embargos declaratórios, carecendo a matéria do indispensável prequestionamento viabilizador do recurso especial.
>
> 4. O que pretende o Recorrente, ao alegar violação ao art. 157 do Código de Processo Penal, é demonstrar provada sua inocência, sob o argumento de que a confissão do co-réu o

inocentou, e também sob a alegação de não serem válidos os depoimentos dos policiais civis.

5. Entretanto, a verificação da procedência de tal alegação implica, necessariamente, no reexame da matéria fático-probatória constante dos autos, impossível na via estreita do recurso especial, a teor do disposto na Súmula n.º 07 do STJ. Tal pedido, acrescente-se, deve ser reservado ao ajuizamento de revisão criminal perante o Tribunal a quo.

6. Ademais, os policiais não se encontram legalmente impedidos de depor sobre atos de ofício nos processos de cuja fase investigatória tenham participado, no exercício de suas funções. Em sendo assim, tais depoimentos revestem-se de inquestionável eficácia probatória, sobretudo quando prestados em juízo, sob a garantia do contraditório. Precedentes do STJ e do STF.

7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido.

(REsp 604.815/BA, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 23.08.2005, DJ 26.09.2005 p. 438).

Também o Excelso Supremo Tribunal Federal se mostra favorável ao instituto da *mutatio* previsto no *caput* do art. 384, CPP, não enxergando, nesta regra, qualquer ofensa ao art. 129, I, CF/88, conforme se pode depreender do julgado transcrito abaixo, muito embora, no caso, a Corte Suprema não tenha aplicado tal dispositivo, fazendo-lhe apenas menção:

RHC 85657 / SP - SÃO PAULO

Relator(a): Min. CARLOS BRITTO

Julgamento: 31/05/2005 Órgão Julgador: Primeira Turma

Publicação DJ 05-05-2006 PP-00019

EMENT VOL-02231-02 PP-00247 RJSP v. 54, n. 343, 2006, p. 149-154

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. RECORRENTE DENUNCIADA PELO CRIME DE PECULATO DOLOSO (CAPUT DO ART. 312 DO CP) E CONDENADA POR PECULATO CULPOSO (§ 2º DO ART. 312 DO CP). ALEGADA OCORRÊNCIA DE MUTATIO LIBELLI (ART. 384 DO CPP) E NÃO DE EMENDATIO LIBELLI (ART. 383 DO CPP). PRETENDIDA ABERTURA DE VISTA À DEFESA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO À CONDENADA.

> Registra-se hipótese da mutatio libelli sempre que, durante a instrução criminal, restar evidenciada a prática de ilícito cujos dados elementares do tipo não foram descritos, nem sequer de modo implícito, na peça da denúncia. Em casos tais, é de se oportunizar aos acusados a impugnação também de novos dados factuais, em homenagem à garantia constitucional da ampla defesa. Ocorre emendatio libelli quando os fatos descritos na denúncia são iguais aos considerados na sentença, diferindo, apenas, a qualificação jurídica sobre eles incidente. Caso em que não se cogita de nova abertura de vista à defesa, pois o réu deve se defender dos fatos que lhe são imputados, e não das respectivas definições jurídicas. Inocorre mutatio libelli se os fatos narrados na denúncia (e contra as quais se defendeu a recorrente) são os mesmos considerados pela sentença condenatória, limitando-se a divergência ao elemento subjetivo do tipo (culpa x dolo). **Não é de se anular ato que desclassifica a infração imputada à acusada para lhe atribuir delito menos grave**. Aplicação da parêmia pas de nullité sans grief (art. 563 do CPP). Recurso desprovido.
>
> (destaques acrescentados)

O interessante – e estranho, porque não dizer – é que o próprio STF, em outras decisões e abordando o art. 129, I, CF/88, reafirma, de forma reiterada e expressa, a titularidade exclusiva da ação penal pública ao *Parquet*. Nesse sentido, veja-se, a título de exemplo:

> "Transação penal homologada em audiência realizada sem a presença do Ministério Público. Nulidade. Violação do art. 129, I, da Constituição Federal. É da jurisprudência do Supremo Tribunal – que a fundamentação do leading case da Súmula 696 evidencia: HC 75.343, 12-11-97, Pertence, *RTJ* 177/1293 –, que a imprescindibilidade do assentimento do Ministério Público, quer à suspensão condicional do processo, quer à transação penal, está **conectada estreitamente à titularidade da ação penal pública, que a Constituição lhe confiou privativamente (CF, art. 129, I)**. Daí que a transação penal – bem como a suspensão condicional do processo – pressupõe o acordo entre as partes, cuja iniciativa da proposta, na ação penal pública, é do Ministério Público."
>
> (RE 468.161, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 14-3-06, *DJ* de 31-3-06 – destaques acrescentados).

> **A ação penal pública é privativa do Ministério Público (CF, art. 129, I), admitida apenas a exceção inscrita no art. 5º, LIX, da Lei Maior. As disposições legais, que**

> **instituiam outras exceções, foram revogadas pela Constituição, porque não recepcionadas por esta**. STF, Pleno, HC 67.931-5-RS. O processo das contravenções penais somente pode ter início mediante denúncia do MP. Revogação dos artigos 26 e 531, CPP, porque não recepcionados pela CF/88, art. 129, I." (RE 134.515, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 13-8-91, *DJ* de 13-9-91). No mesmo sentido: HC 72.073, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 2-4-96, *DJ* de 17-5-96; sem destaques no original.

No entanto, quando da análise da questão da titularidade do MP em relação à *mutatio libelli,* ou tal fato não é abordado, ou a ele não é dada a devida atenção. O presente trabalho pôde observar que a jurisprudência brasileira, sobretudo dos Tribunais Superiores, não vem abordando esta situação, deixando um imenso vácuo no que tange às garantias funcionais do *Parquet.*

Afinal de contas, de que adianta preceituar-se a exclusividade da acusação ao MP se, em alguns casos, for dada ao juiz a oportunidade de alterá-la, sem qualquer participação do órgão acusador por excelência, apenas porque as possíveis novas condutas contém penas menores que as originariamente definidas na denúncia?

Seria a diminuição da pena um critério razoável para se mitigar – se é que tal regra pode ser mitigada – aquilo que está contido no art. 129, I, CF/88?

É óbvio, e evidente, que não. Como já se observou, a doutrina majoritária é contrária a *mutatio* sem aditamento, uma vez que, a um só tempo, mancha a titularidade do Ministério Público, o sistema acusatório e os princípios da imparcialidade do juiz, do contraditório e do devido processo legal.

Se o STF, por reiteradas vezes, já declarou que os procedimentos de ofício não se coadunam com a ordem jurídica vigente, qual a razão de se manter a *mutatio* sem aditamento?

Ademais, há que se ressaltar que, a todo tempo, até a sentença, é dado ao Ministério Público o direito de aditar a denúncia, sendo totalmente desnecessária a intervenção do magistrado para tanto. Se, no decorrer do processo, surgirem provas novas acerca de uma elementar, por exemplo, é o Ministério Público – e não o juiz – o responsável pelo aditamento.

É essa a posição – minoritária, porém vanguardista – do egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, conforme se verifica abaixo:

> TJRS: "Embargos infringentes. *Mutatio libelli.* Absolvição. Dispõe o art. 384 do CPP a respeito da necessidade de garantia do contraditório e da ampla defesa quando o Juiz entender que, por circunstância elementar não descrita, implícita ou explicitamente, na peça acusatória, o fato típico tem outra capitulação jurídica que não aquela originariamente definida. Evidente que, pela corrente tradicional, a não-observância das garantias constitucionais, e por conseguinte do art. 384 do CPP, ensejará a absolvição do acusado. **No entanto, não há negar o**

> **vício da inconstitucionalidade deste artigo, frente ao art. 129 da CF, uma vez que furta ao Ministério Público a titularidade da ação penal, delegando-a ao Juiz de Direito,** razão pela qual – por ser mais benéfico ao acusado – a absolvição deve ser dar pelo inc. III do art. 386 do CPP, e não pelo in. VI. Embargos acolhidos pela unanimidade. (RJTJERGS 203/96).
>
> TJRS: "Nulidade. **O *caput* do art. 384 do CPP agride o art. 129, I, da CF. Ao Juiz é vedado atuar como acusador**. Anularam despacho que assim obrou e absolveram o apelante" (RJTJERBS 192/189).
>
> TJRS: "**O art. 384 do CPP, ao tornar o Juiz em inquisidor, ataca a Constituição**. Prova oral policial – por 'medieval' – não pode autorizar condenação, pena de agressão à democracia processual. Negaram provimento ao apelo do Ministério Público e decretaram a nulidade parcial do ato decisório" (RJTJERGS 200/165)[48].
>
> (destaques acrescentados)

Sobre o tema, assim se manifestou o eminente desembargador **Nassif[49]:**

> De tudo que pretendo expor como desconfortável na leitura do artigo 384 do diploma adjetivo, nada hostiliza mais a qualidade ou eficácia jurídica do texto que a atuação que ali vai imposta ao magistrado.
>
> É que "se o juiz reconhecer a possibilidade de nova definição jurídica do fato", despir-se-á de sua neutralidade ou imparcialidade e baixará o processo, a fim de que a defesa, no prazo de oito dias, fale e, se quiser, produza prova (art. 384, caput, do CPP) ou o juiz baixará o processo, a fim de que o Ministério Público possa aditar a denúncia ou a queixa...
>
> Deverá o julgador renunciar às suas virtudes institucionais - imparcialidade, independência, etc. - pois incumbe a ele, no momento derradeiro e mais importante da prestação jurisdicional, deixar de sentenciar para tomar providências que constituem atribuição exclusiva do Ministério Público.
>
> **Impressiona que esta iniciativa ofende o princípio da inércia jurisdicional e atinge frontalmente o exercício da**

[48] Julgados trazidos por MIRABETE, ob citada, pág. 993.

[49] NASSIF, Aramis. *A grave inconstitucionalidade do art. 384 do CPP.* Brasília: Consulex, Revista Jurídica, vol. 6, n.º 129, páginas 18-22, maio de 2002.

> **defesa plena, violando, ilegitimamente, assim, o preceito constitucional que assegura a ampla defesa**.

Uma das mais caras conquistas de qualquer sistema juridicamente legítimo passa pelo irrestrito respeito ao princípio ne procedat judex extra petita.

> **O culto tratadista Afranio Silva Jardim defende que a vocação do legislador brasileiro é depurar o sistema acusatório, entregando a cada um dos sujeitos processuais funções não apenas precípuas, mas absolutamente exclusivas, o que dá ao réu a segurança de um processo penal mais democrático, na medida que o órgão julgador tem sua neutralidade integralmente preservada**.

A marca do sistema acusatório consagrado na Constituição de 1988 promove a imparcialidade do juiz como sendo fundamental à lisura do procedimento, garantia que é da própria sociedade, interessada em um julgamento justo e que seus membros estejam à mercê do processo penal (...)

(destaques acrescentados).

A inconstitucionalidade – ou a não-recepção, como preferem alguns, é evidente, seja à luz do art. 129, I, CF/88, seja pela via reflexa do art. 102, *caput,* CF/88, já que o STF não só tolera como corrobora a lesão à ordem constitucional. Faz-se mister, assim, que à questão seja dada a devida atenção, na medida em que, como se disse, a jurisprudência não tem se mostrado sensível a tal situação[50].

É bem verdade que a solução não seria apenas e simplesmente se considerar inválida a norma contida no *caput* do art. 384, CPP, pois isso poderia redundar em manifestas injustiças, já que eventuais criminosos poderiam se aproveitar dessa lacuna e obter absolvições, as quais restariam blindadas pela coisa julgada material. A solução seria, **para todas as hipóteses, mesmo nos casos em que as penas são iguais ou menores,** abrir-se vista ao representante do Ministério Público, a fim de que a acusação pudesse ser aditada. Desse modo, conseguir-se-ia respeitar a titularidade do MP para as ações penais públicas, a integridade do sistema penal acusatório e a imparcialidade do juiz, além dos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal.

Por fim, cumpre trazer à baila as palavras de **Pontes de Miranda,** citadas por **Nassif**[51] e que complementam, de modo criterioso, a humilde opinião expressada neste trabalho:

> (...) nada mais perigoso do que fazer-se Constituição sem o propósito de cumpri-la. Ou de só se cumprir nos princípios de que se precisa, ou sem entender devam ser cumpridos - o que é pior!

---

[50] Aliás, tal opinião é corroborada por **Oliveira**, que afirma, de forma veemente, que "*não sabemos ainda a que atribuir o fato de essa questão não ter sido ainda objeto de maiores indagações nas Cortes Superiores, tendo em vista a sua manifesta incompatibilidade com a norma constitucional instituidora da titularidade ministerial para a acusação penal pública (art. 129, I)"*. Ob. citada, pág. 512.

[51] Ob. citada, pág. 22.

7. CONCLUSÃO

O presente trabalho tentou abordar, sem a menor pretensão de esgotamento de tema, os institutos previstos nos arts. 383 e 384, ambos do Código de Processo Penal, relacionando-os aos limites da prestação jurisdicional, ao sistema acusatório brasileiro e, sobretudo, à própria Constituição Federal.

Para tanto, analisou-se, de forma sucinta, o conhecido princípio da "congruência", tecendo-se comentários acerca de suas características primordiais. Verificou-se, também, os principais pontos de destaque do sistema processual penal acusatório, na medida em que a CF/88 o consagrou, muito embora, ainda hoje, o ordenamento conviva com resquícios de inquisitoriedade.

Ainda com fincas a melhor entender o tema proposto, foram estudados os institutos da *mutatio libelli* e da *emendatio libelli,* vez que o cerne deste debate passa por eles. Foi possível constatar, assim, que a doutrina especializada tem opiniões bem dissonantes acerca, situação esta que apenas corroborou a necessidade deste trabalho.

Por fim, foram cotejados o art. 129, CF/88 com o art. 384, *caput,* do CPP, a pretexto de se buscar analisar a lei sob os olhos da Magna Carta, e não o contrário. Partindo desse pressuposto, é que se chega, finalmente, à conclusão ora esposada.

Ainda que o sistema acusatório brasileiro não possa ser considerado "puro", existem vícios que o Judiciário não pode – ou pelo menos não poderia – tolerar. Se o Constituinte Originário consagrou, como não poderia ser diferente, a regra de que acusador e julgador devem ser representados, no processo, por pessoas diferentes, não é razoável – para não se dizer outra coisa – admitir-se a regra contida no retrocitado *caput* do art. 384, CPP. Tal dispositivo, como visto, autoriza que o julgador, apenas pelo fato de o novo crime ter pena menor ou igual que o anteriormente definido no libelo, proceda, de imediato, a esta nova "capitulação", **sem a participação do *Parquet,*** o verdadeiro e único titular da ação penal pública.

Assim, quando o "idoso" CPP (nos termos do art. 1º da lei 10.741/03) autoriza tal procedimento e, o pior, o Judiciário, por meios dos Tribunais Superiores já mencionados, ratifica tal possibilidade, evidentemente está se maculando, de forma indelével, a um só tempo, as funções constitucionais do Ministério Público, o contraditório, a ampla defesa e, de forma literal**, o próprio Texto Constitucional (art.129, I, CF/88).**

Quando o Supremo Tribunal Federal admite a constitucionalidade de um procedimento retrógrado, antipático, antidemocrático e, por óbvio, inquisidor, está, certamente, afastando-se de sua mais nobre função, qual seja, a de "guardião da Constituição" (art. 102, *caput,* CF/88). A *mutatio libelli,* prevista no citado dispositivo do CPP é, a nosso sentir, inconstitucional duplamente, devendo tal posição jurisprudencial ser, no mínimo,

revisada pelos mais altos representes do Judiciário Brasileiro. O pretexto do atendimento ao princípio da congruência não pode, nunca, constituir uma espécie de *imunidade* à titularidade da acusação penal ao Ministério Público.

8. REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Organizador: Yussef Said Cahali. 9.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2007.

BRASIL. *Código de Processo Civil (Lei n. 5869, de 11 de janeiro de 1973)*. Organizador: Yussef Said Cahali. 9.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2007.

BRASIL. *Código de Processo Penal (Decreto-Lei 3.689, de 03 de outubro de 1941)*. Organizador: Luiz Flávio Gomes. 9.ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: RT, 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Jurisprudência.* Disponível em: <www.stj.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp>. Acesso em 01 ago 2007, às 19h10

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Jurisprudência.* Disponível em <www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp>. Acesso em 07 ago 2007, às 18h07.

DIDIER JÚNIOR, Fredie et al. *Curso de direito processual civil, vol. 2*. Salvador: Juspodium, 2007.

FRANCO, Rodrigo Strini. *Da possibilidade da emendatio libelli na fase do recebimento da denúncia*. Disponível em www.ibccrim.org.br, acesso em 07 ago 2007, às 21h08.

GOMES, Luiz Flávio. *Direito processual penal.vol. 6*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GRINOVER, Ada Pelegrini et al. *As nulidades do processo penal.* 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal.* 11.ed.. Rio de Janeiro : Forense, 2007.

MAHON, Eduardo. *Um drama processual: "Emendatio Libelli" no Juízo de Admissibilidade*. Disponível em www.ibccrim.org.br, acesso em 06 ago 2007, às 23h02.

MIRABETE, Julio Fabrini. *Código de processo penal interpretado: referências doutrinárias, indicações legais, resenha jurisprudencial.* 9.ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional.* 6.ed. atualizada até a EC 52/06. São Paulo : Atlas, 2006.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro.* 24.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

NASSIF, Aramis. *Mutatio Libelli: a grave inconstitucionalidade do art. 384, CPP*. Brasília: Consulex, Revista Jurídica, vol. 6, n.º 129, páginas 18-22, maio de 2002.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Curso de direito processual penal.* 28.ed. São Paulo : Saraiva, 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado.* 5.ed.rev., atual. e ampl. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2006.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de processo penal.* 7.ed. Belo Horizonte : Del Rey, 2007.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório – A conformidade constitucional das leis processuais penais.* 2.ed. Rio de Janeiro : LumenJuris, 2001.

QUEIROZ, Paulo. *Sistema acusatório e emendatio libelli*. Boletim IBCCRIM, São Paulo: ano 15, n. 176, p. 4-5, jul. 2007

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal.* 11.ed. Rio de Janeiro : LumenJuris, 2006.

_____. *O garantismo penal e o aditamento à denúncia.* Disponível em <www.mundojuridico.adv.br> Acesso em 01 jul 2007, às 14h28.

SHIMURA, Sérgio Seiji. *Breves considerações sobre a "emendatio libelli" e a "mutatio*
libelli". In: *Revista Justitia*, APMP: São Paulo, ano 53, vol. 153, jan./mar. 1991.

SOUZA, Keity Mara Ferreira de. *Sistema acusatório e mutatio libelli (releitura do art. 384, caput, do CPP, face ao ordenamento constitucional)*. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, n. 45, set. 2000. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1062>. Acesso em: 09 ago 2007, às 14h10.

TORNAGUI, Hélio. *Curso de processo penal. Vol. 1.* São Paulo : Saraiva, 1990.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal.* 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

XV. REFLEXÕES SOBRE O ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO PENAL CONDENATÓRIO.

PATRÍCIA MARIA NÚÑEZ WEBER[1]

SUMÁRIO: I INTRODUÇÃO. II CERTEZA E VERDADE. III QUESTÕES A SEREM PROVADAS, PROVA E ÔNUS PROBATÓRIO. IV FATOS CONSTITUTIVOS, IMPEDITIVOS, MODIFICATIVOS, EXTINTIVOS DE DIREITOS E DIREITO PENAL. V POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS ACERCA DA CORRELAÇÃO ENTRE O ARTIGO 156 DO CPP COM O ARTIGO 333 DO CPC. VI POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS QUE ATRIBUEM TODO O ÔNUS DA PROVA À ACUSAÇÃO, EM FACE DOS PRINCÍPIOS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DO FAVOR REI. VII REFLEXÕES FINAIS. VIII REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

I INTRODUÇÃO

No labor jurídico diário, o debate sobre as provas está no cerne das atenções. Tendo em vista os limites da produção probatória decorrentes das próprias contingências humanas, em face de um processo que precisa findar em um prazo minimamente razoável, comumente faz-se necessária a observância de regras para a distribuição do ônus probatório, bem como para a resolução da demanda diante do insucesso na obtensão da certeza quanto aos fatos em análise.

Não obstante a importância prática do assunto, que redunda inclusive no próprio teor da decisão judicial a ser proferida, verifica-se pouca produção doutrinária nacional referente especificamente ao ônus probatório, tanto subjetivo como objetivo, no processo penal condenatório.

A possibilidade de configuração de ônus processual às partes no processo penal, que caracteriza-se pela suposta busca da verdade real e pela atuação mais intensa do magistrado na instrução probatória; os tipos de ônus possíveis; a compatibilização ou não da existência de ônus subjetivo para a defesa diante do princípio do *in dubio pro reo* e as características que tal ônus, se possível for, terá no processo penal acusatória, são temas que requerem reflexão.

Excitando-nos com o assunto, propomo-nos a pesquisá-lo. A dificuldade da tarefa revelou-se mais árdua do que prevista.

Optamos, como metodologia, por um debate contínuo ao longo do trabalho com a obra de Gustavo Henrique Badaró, intitulada Ônus da Prova no Processo Penal, fruto de sua tese de doutorado na Universidade de São Paulo. A doutrina nacional sobre o tema, embora não tão específica, foi consultada, no máximo que nos foi possível.

---

[1] Procuradora da República. Mestranda em Direito Processual na UERJ.

Logramos expor ao final algumas conclusões que cremos acertadas, visando a compatibilização do ônus da prova subjetivo da defesa com a regra de julgamento consistente no *in dubio pro reo*, bem como com os princípios constitucionais da presunção de inocência, garantia do acesso à justiça, contraditório e ampla defesa.

Reconhecemos o caráter limitadíssimo da análise que será ora proposta, que, no entanto, nos serve de estímulo a continuidade do estudo sobre o tema. Esperamos que tal estímulo possa futuramente, quem sabe, também ser compartilhado por outros juristas, muito mais aptos a resolverem a questão, que requer seu lugar de destaque no pensamento jurídico nacional.

II CERTEZA E VERDADE.

Para MALATESTA, a verdade, em geral, é a conformidade da noção ideológica com a realidade; a crença na percepção desta conformidade é a certeza. A certeza é, portanto, um estado subjetivo do espírito, podendo não corresponder à verdade objetiva. Certeza e verdade nem sempre coincidem; por vezes, tem-se a certeza do que objetivamente é falso; por vezes, duvida-se do que objetivamente é verdadeiro. A certeza, considerada na sua natureza intrínsica, tal como é, e não como seria melhor que fosse, consiste num estado subjetivo da alma e não pode ser confundida com a realidade exterior. [2]

---

[2] MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A Lógica das Provas em Matéria Criminal*. Tradução de Alexandre Augusto Correia e anotações de Hélio Pereira Bicudo. São Paulo: Editora Saraiva, 1960. v. 1., pp. 22-3.

Prossegue o autor a análise sobre a verdade, nos termos ora sintetizados (pp. 25 e seguintes).

A inteligência é uma faculdade indispensável para a percepção da verdade, sendo a certeza a crença na sua posse:

As verdades, consideradas subjetivamente, quanto à maneira pela qual o espírito delas se apossa, dividem-se, portanto, em primeiro lugar, em duas grandes categorias: a verdade, a cuja posse chega o espírito pela simples percepção intelectiva, é verdade puramente inteligível; a verdade a cuja posse não pode chegar o espírito sem o auxílio dos sentidos, nos limites destas necessidades, é verdade sensível.

O intelecto tem duas funções: a intuição e a reflexão. A verdade puramente inteligível, pode derivar da percepção imediata desta; é o caso da intuição pura, o caso da intuição, primeira função intelectiva, atribuída às verdades puramente inteligíveis: tem-se em primeiro lugar a realidade ideológica que se afirma; e a certeza que se tem, é filha da evidência ideológica, **e é certeza intuitiva puramente lógica.**

Outras vezes, a verdade puramente inteligível não se percebe por via imediata; chega-se a ela por intermédio de uma outra realidade ideológica presente à nossa mente. A função do intelecto, que neste caso nos conduz de uma verdade conhecida a uma ignota, é a reflexão; e o meio pelo qual a reflexão leva o nosso espírito a uma outra verdade é sempre o raciocínio. A verdade que chegamos a conhecer se nos revela sob a luz de uma verdade mais geral; é a luz das verdades mais gerais que se espalha sobre as particulares, dando-as a conhecer. Da verdade geral, por dedução, extrai-se a verdade particular, demonstrada, que se pretende verificar; é o método evolutivo das ciências puramente racionais.

Destaca, no entanto, MALATESTA que esta certeza puramente lógica, seja intuitiva ou reflexiva, nunca é aquela de que se necessita tratar no direito penal. Em matéria criminal, cogita-se sempre da verificação dos fatos humanos. Não há fato humano sem materialidade que o exteriorize, evidência

A partir da diferenciação entre certeza e verdade, esclarece o autor sua firme posição quanto à impossibilidade de graduação do conceito de certeza, que não se confunde com a probabilidade sobre a ocorrência de um determinado fato:

> *"Até aqui, após haver mostrado que a divisão objetiva da certeza levou a afirmar a existência de certezas maiores e menores, vimos combatendo essas afirmações irracionais e demonstrando como a certeza, estado simples e indivisível da alma, é sempre idêntica e*

---

ideológica, como o raciocínio puro ou dedução ideológica, não são fundamentos de certeza utilizáveis no crime.

Passa o autor a considerar, então, a intuição e a reflexão relativamente às verdades chamadas sensíveis. São verdades sensíveis tanto as que em si mesmas se constituem de uma materialidade imperceptível senão por meio dos sentidos, podendo chamar-se em particular verdades sensíveis materiais, quanto as que, embora sendo em si mesmas fatos psíquicos, como as da nossa consciência, só se podem perceber através da materialidade em que se exteriorizam, e que se podem chamar, em particular, verdades sensíveis morais.

As verdades sensíveis materiais podem ser percebidas tanto pela intuição como pela reflexão. As verdades sensíveis morais só se percebem pela reflexão. Consideremos, antes de mais nada, todas as verdades sensíveis materiais enquanto perceptíveis por via de intuição, o que dá lugar a uma espécie simples de certeza.

Depois, passaremos, pois, a considerar verdades sensíveis tanto materiais como morais, enquanto percebidas por meio de reflexões, o que dá lugar, como veremos, a uma certeza mista.

No primeiro caso, tratando-se, pois, de verdades materiais diretamente percebidas, o trabalho do intelecto é simples ao extremo, e é acessório da ação do sentido; afirma o que os sentidos lhe apresentam. É por isso que a esta certeza intuitiva das materialidades físicas chamamos, sem mais, certeza física, desprezando na denominação a indicação do elemento intelectivo que é acessório, e que não consiste numa cooperação propriamente ativa do intelecto.

Eis, segundo nos parece, as duas espécies primitivas de certeza, bem distintas entre si; certeza puramente lógica, relativa às verdades puramente inteligíveis, e que é a que se obtém pelo trabalho exclusivo do intelecto, mediante a intuição ou a reflexão; certeza principalmente física, relativa às verdades sensíveis e que é a que se obtém principalmente por obra dos sentidos, ao qual, como assessório, adere o intelecto com a intuição dos sentidos.

Mas estas duas espécies simples nem sempre andam separadas: muitas vezes se combinam entre si. **Tem-se, em tal caso, uma terceira espécie de certeza: a certeza mista, que é a mais freqüente no crime**.

É tão pobre o campo das nossas verificações pessoais que, limitando-nos a ele, seríamos envolvidos pelo desconhecido; é o raciocínio que, alargando seus limites estreitos, amplia nossa visão intelectiva para horizontes intermináveis. A certeza mista principia-se pela percepção sensória de uma dada materialidade; os sentidos colhem direta e principalmente determinada materialidade, relativamente à qual se tem certeza física. A reflexão, em seguida, função intelectiva, subordinando esta materialidade particular à idéia geral experimental da ordem, faz com que desta materialidade conhecida por percepção direta, sejamos conduzidos ao conhecimento de um desconhecido que, embora material por sua natureza, não é percebido material e sensivelmente, e é por isso, para o nosso espírito, como uma realidade ideológica.

E esta certeza mista é, pois, subdividida em três subespécies, determinadas pelas diversas orientações do trabalho racional; a reflexão pode desenvolver a sua ação aclarando a relação entre a afirmação e a coisa afirmada, estabelecendo a verdade da afirmação, o que sucede nas provas materiais indiretas; pode desenvolver, ao invés, a sua ação aclarando simplesmente a relação entre o afirmante e a afirmação, estabelecendo a veracidade do afirmante, o que sucede nas provas pessoais diretas; e pode, enfim, desenvolver a sua ação para aclarar a dupla relação entre o afirmante e a afirmação e entre a afirmação e a coisa afirmada, o que sucede nas provas pessoais indiretas, isto é, no caso de que a afirmação da pessoa tenha por objeto uma afirmação indireta da coisa. (grifo nosso)

> *igual a si mesma, de onde não se poder, lógicamente, falar senão da sua maior ou menor capacidade de erro enquanto considerada em abstrato; e, viemos, por isso, examinando esta diversa possibilidade de erro, como resultado da consideração abstrata das diversas espécies de certeza." (pp. 44-5)*
> *(...) "A graduabilidade da certeza leva, pois, de seu lado, à graduabilidade das provas. Daí as fantásticas determinações de prova plena, semiplena, semiplena maior, semiplena menor; depois os estranhos fracionamento das metades, dos quartos e dos oitavos de prova. Mas, felizmente, podemos poupar-nos á fadiga detes trabalhos aritméticos de frações; a prova não é e não pode ser senão um todo. Em matéria de certeza, repetimos, não existe meio termo; tem-se a certeza ou não se tem." (p. 89)*

A posição defendida por MALATESTA parece-nos condinzente com a correta postura a ser adotada pelo julgador no processo, que através da análise profunda e rigorosa da prova produzida nos autos - e atuando supletivamente às partes, sempre que necessário-, atinja um grau de convencimento apto a gerar-lhe 'certeza' sobre o ocorrido. Importante destacar também que, embora haja diferença ontológica, há necessária correlação lógica entre certeza e verdade, uma vez que embora a certeza seja um estado de espírito acerca do conhecimento sobre um fato, tal estado é norteado pela convicção de que o conhecimento do fato obtido foi realizado da forma mais ampla, mais crível, e, por que não dizer, verídica possível. Tal constatação continua válida mesmo que sejamos adeptos às correntes filosóficas que enxergam a verdade absoluta como inatingível ao conhecimento humano, uma vez que há a verdade passível de ser alcançada no mundo dos fatos, que precisa orientar o nosso agir, sob pena de cairmos no império do discricionarismo e ignorância.

Outrossim, não podemos negar que a certeza parece-nos atingível, em termos metodológicos, através da análise probabilística dos elementos de prova disponíveis. Não se trata de meia certeza ou certeza plena, mas sim de que, diante da coerência das provas obtidas, o julgador será convencido da maior ou menor probabilidade de ocorrência do evento, o que suscita: **a) a ignorância sobre o fato:** não há elementos que lhe permitam questionar ou analisar o ponto; **b) a possibilidade, em termos genéricos, de ocorrência do fato:** trata-se de critério amplo, norteado pelas hipóteses aventadas pelas partes, hábeis a ser afastadas apenas quando tangem o absurdo; **c) a verossimilhança ou probabilidade de ocorrência do fato:** há elementos idôneos a identificar uma determinada configuração para os fatos em debate, embora de forma provisória, sujeita a dúvidas (normalmente, é o tipo de conjunto probatório necessário para o deferimento de medidas cautelares); **d) o altíssimo grau de probabilidade de ocorrência do evento: o espírito humano fica com a sensação de 'segurança' acerca do ocorrido, não havendo pontos relevantes de questionamento em sua mente.**

O processo acima descrito condiz com a lógica prática de atribuição do caráter de falso, possível, provável ou certo de um fato, bem como com as normas jurídicas existentes para determinar o grau de segurança exigível na prolatação de uma decisão judicial.

Importante também destacar que a diferenciação realizada em termos de verdade real ou formal, no processo penal e processo civil, parece-nos falsa. O fato, em si, é verdadeiro ou é falso; o conhecimento que atingimos do fato pode-nos conduzir a certeza sobre a sua ocorrência ou não. Quanto melhor a colheita de provas realizada e menores os entraves referentes à provas legais e limitações probatórias[3] injustificadas, melhor será o instrumental disponível para o alcance da 'verdade' sobre os fatos. Tanto assim é que, na atualidade, em virtude do caráter cada vez mais coletivo e diante da conscientização da natureza dita indisponível de inúmeros direitos pleiteados através do processo civil, existe no mesmo uma preocupação crescente com a melhor produção probatória e um maior ativismo judicial, e conseqüentemente com um uso mais restrito dos sucedâneos de prova (dentre os quais se destacam as presunções e o ônus da prova). Assim, falar-se em verdade formal ou material significa a aceitação de uma maior ou menor tolerância com o insucesso probatório ou apreciação limitada das questões em debate judicial.

III QUESTÕES A SEREM PROVADAS, PROVA E ÔNUS PROBATÓRIO.

A diferença entre fundamento, ponto e questão é bastante tormentosa, em especial no processo penal.

Os fundamentos, em princípio, não precisam ser rebatidos pelo julgador, sendo incabíveis os embargos declaratórios. Como exemplos, teríamos as citações jurisprudenciais e doutrinárias constantes nas peças redigidas pelas partes e as alusões de simples retórica realizadas. Este deve ser, parece-nos, o limite.

Os argumentos utilizados para afirmar ou infirmar a tipicidade, ilicitude, culpabilidade e punibilidade configuram pontos, a necessitarem apreciação, mesmo que realizada de forma conjunta.

Os pontos são todos os tópicos da acusação ou defesa que devem ser objeto de pronunciamento judicial. A questão é o ponto duvidoso, normalmente controvertido entre as partes.[4]

---

[3] As limitações probatórias parecem-nos justas quanto estritamente necessárias para a preservação da dignidade da pessoa humana, que é um valor superior à exatidão dos pronunciamentos judiciais e à segurança jurídica. No entanto, não há que se olvidar que a justiça de uma decisão impõe o acertamento mais adequado possível dos fatos em debate. Assim sendo, os impedimentos legais e os resquícios de provas legais, ainda muito presentes no nosso ordenamento jurídico, devem ser tidos como legítimos nos exatos termos que protegem direitos fundamentais, deixando de sê-los no momento que representam indevida limitação ao sistema da persuasão racional. Sobre o assunto, necessário consultar o artigo 'Processo Civil e Direito à Preservação da Intimidade', de José Carlos Barbosa Moreira, que bem retrata a incoerência dos dispositivos que regulam os impedimentos probatórios no sistema do Código de Processo Civil *(In Temas de Direito Processual*, Segunda Série, 2.ª Edição, São Paulo: Saraiva, 1988, pp. 3-20), bem como o artigo 'A Prova no Processo Civil, do Código de 1973 ao novo Código Civil', de Leonardo Greco, aduzindo a necessidade de análise crítica das limitações probatórias hoje existentes (*In Estudos de Direito Processual*, Campos dos Goytacazes: Editora Faculdade de Direito de Campos, 2005, pp. 357-92).

[4] A distinção também é feita por Bruno Mattos e Silva, citando Antônio Scarance Fernandes, na sua obra *Prequestionamento, Recurso Especial e Recurso Extraordinário*, disponibilizada no site www.brunosilva.adv.br/prequestionamento/argumento.htm, consultado na data de 31 de julho de 2007.

Como se constata a diferenciação é dificílima. Para maior tutela da ampla defesa e do contraditório, há que se entender, em especial no processo penal, que todas os pontos duvidosos são questões. Podem ser controvertidos ou não.

Inclusive, a questão não controvertida também pode ser objeto de prova, sempre que dos elementos constantes nos autos surjam indícios a infirmá-la.

Do exposto, salienta-se a amplitude do espectro probatório que se delineia no processo penal. A partir dos fatos em tese criminosos descritos na inicial[5], suas circunstâncias, condições gerais e especiais, causas impeditivas, modificativas e extintivas, podem ser objeto de pronunciamento judicial, tenha ou não havido controvérsia específica sobre cada uma delas. Diante disso, urge que a tarefa probatória seja realizada de forma ampla e conduzente a racional análise dos fatos.

Vicente Greco Filho, no seu 'Manual de Processo Penal'[6], aduz que prova é todo elemento que pode levar o conhecimento de um fato a alguém. Adalberto Camargo Aranha, na sua obra 'Da Prova no Processo Penal'[7], explicita que: *"Num sentido vulgar (verificação, reconhecimento, etc.) significa tudo aquilo que pode levar ao conhecimento de um fato, de uma qualidade, da existência ou exatidão de uma coisa. Como significado jurídico representa os atos e os meios usados pelas partes e reconhecidos pelo juiz como sendo a verdade dos fatos alegados. Contudo, em quaisquer de seus significados, representa sempre o meio usado pelo homem para, através da percepção, demonstrar uma verdade. A verdade chega à inteligência humana através de um meio de percepção. Destarte, a prova pode ser entendida como todo o meio usado pela inteligência do homem para a percepção de uma verdade."*

Leonardo Greco, no seu artigo 'O conceito de prova'[8], destaca o caráter polissêmico da expressão, adotada para expressar diversos momentos da atividade probatória:

> *"Assim, provas são, em primeiro lugar, os fatos probantes, os fatos que apresentam circunstâncias das quais se extrai o conhecimento dos fatos probandos;*
>
> *- São os meios físicos de comunicação que transmitem os fatos probantes ou os fatos probandos ao conhecimento do julgador. Na prova judiciária, são os testemunhos, os documentos, os laudos periciais ou quaisquer outros, ainda não previstos ou regulados em lei;*
>
> *- Provas são as atividades humanas desenvolvidas por diversos sujeitos, através das quais os meios de prova comunicam ao julgador o conhecimento dos fatos, de modo adequado a influir no seu*

---

[5] Não abordaremos neste trabalho o complexo tema referente a correlação entre acusação e sentença.

[6] GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. Terceira Edição. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 174

[7] ARANHA, Adalberto José Q.T. de Camargo. *Da Prova no Processo Penal.* Terceira Edição. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 05.

[8] GRECO, Leonardo. O conceito de prova. *In* MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). *Estudos de Direito Processual Civil*: Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, pp. 366-403.

Discordamos, no entanto, que os argumentos ou inferências desenvolvidos racionalmente, baseados em deduções, induções, máximas de experiência ou presunções sejam, propriamente, provas. São sucedâneos processuais, utilizados para suprir a prova sobre um fato. No campo penal, aliás, não se reconhece a possibilidade de criação de presunções relativas em desfavor do réu, sob pena de ofensa ao princípio da presunção de inocência.

> *julgamento. Na prova judiciária é o procedimento probatório, com todos os seus atos de proposição, admissão e produção;*
> *- Provas são ainda os argumentos ou inferências desenvolvidas racionalmente, com base em deduções, induções, máximas de experiência ou presunções, para influir no julgamento da existência dos fatos;*
> *- Prova é, por fim, o conclusivo acertamento da existência ou não dos fatos probandos, manifestado em decisão fundamentada pelo julgador com base em todos os elementos anteriores."*

Cabe destacar, ainda, por sua propriedade e pelo destaque dado ao princípio constitucional do contraditório, o conceito de prova formulado por Afrânio da Silva Jardim, na sua obra 'Direito Processual Penal': *"Concebemos a prova como sendo o resultado da demonstração, submetida ao crivo do contraditório processual, da real ocorrência dos fatos relevantes para o julgamento da pretensão do autor."* [9]

A palavra ônus significa a necessidade de ser provado um fato, para ser reconhecida judicialmente uma pretensão manifestada.

Como refere Camargo Aranha[10] "*Registre-se, de início, que a prova não constitui uma obrigação processual e sim um ônus, como a própria nomenclatura indica. Ambos diferem e a dessemelhança foi apresentada com maestria por Friedrich Lent: 'A diferença substancial entre ônus e obrigação está, pois, no meu entender, na circunstância de que o adimplemento do ônus é deixado livremente à vontade da parte onerada ao contrário do que ocorre com a obrigação, qualquer que seja a reação provocada pelo seu inadimplemento. Pertence, pois, à essência da obrigação a necessidade de ser cumprida. Uma obrigação, cujo adimplemento fique ao arbítrio do obrigado, constitui uma contradição in re ipsa. Disto resulta que, enquanto o não-cumprimento do ônus não se apresente como ato contra o direito, visto que o comportamento da parte é deixado à sua escolha, o inadimplemento de uma obrigação é fato em contradição com a ordem jurídica e importa em conseqüências adequadas."*

No mesmo sentido manifesta-se Ovídio Baptista, no volume I do seu Curso de Processo Civil[11]: *"É necessário distinguir ônus de obrigação. A parte gravada com o ônus não está obrigada a desincumbir-se do encargo, como se o adversário tivesse sobre isso um direito correspectivo, pois não faz sentido dizer que alguém tenha direito a que outrem faça prova no seu próprio interesse (DEVIS ECHANDIA, Teoria general, cit., p. 425)."*

Importante destacar, embora não concordemos com algumas das premissas sustentadas, o acerto da posição de Gustavo Henrique Badaró[12] acerca do descabimento de que atividade probatória do órgão ministerial seja apreciada como um dever (a exemplo do

---

[9] JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. 11. Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 202.

[10] Obra referida, p. 7.

[11] BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Curso de Processo Civil.* Terceira Edição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996, v. 1 (Processo de Conhecimento), p. 289.

[12] Obra referida, pp. 225-9.

que ocorre quanto à indisponibilidade de sua atuação quando da verificação de crimes de ação penal pública). Em verdade, embora o órgão ministerial seja um órgão Estatal, que deve ter sua atividade submetida a rigoroso controle e fiscalização dos interessados, não é possível um tratamento desigualitário entre as partes no processo penal moderno, em uma visão paternalista/repressiva do Estado frente ao cidadão. Se para a defesa a prova é um ônus (e acreditamos que mesmo no processo penal o seja, de forma mitigada, em algumas situações, como veremos), para o *parquet* também o é. Ademais, na propositura da acusação, o órgão ministerial é *parte*, o que implica também o ônus de produzir as provas que lhe interessem. Inclusive, a posição de fiscal da lei, no curso da ação penal, em atenção à observância estrita do princípio da legalidade, também não se coaduna com um suposto dever probatório- principalmente se compreendido como dever probatório referente a provas hábeis a ensejar a condenação do denunciado.

Assim sendo, também entendemos que devamos falar de ônus probatório, seja da acusação ou da defesa, seja subjetivo ou objetivo, perfeito ou imperfeito, no processo penal moderno.

A classificação do ônus probatório, por sua relevância prática, merece destaque.

Cândido Rangel Dinamarco, na sua obra A Instrumentalidade do Processo, distingue os ônus absolutos (ou perfeitos) dos relativos (ou imperfeitos): "*conforme seu descumprimento conduza fatal e invariavelmente à conseqüência desfavorável ou prive inexoravelmente o sujeito de uma situação vantajosa possível- ou somente torne improvável a vantagem ou provável o prejuízo."*[13]

Interessante análise é realizada por Gustavo Badaró, que julgamos inteiramente aplicável, acerca do caráter relativo ou imperfeito de todo ônus subjetivo de prova, em especial no processo penal. Sustenta o autor (pp. 185-7) que os princípios da comunhão da prova e da atuação supletiva do magistrado na atividade probatória[14] implicam

[13] DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo.* 10. Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, pp. 245-6.

[14] Destacamos sempre o caráter supletivo da atuação do magistrado na produção probatória, tendo em vista a necessidade de compatibilização da imparcialidade do juiz com a obtenção de um processo hábil à verificação da certeza possível dos fatos, tendo em vista a grandiosidade dos bens jurídicos discutidos, dentre os quais a liberdade humana. Não julgamos que a atuação supletiva do magistrado implique em impossibilidade de configuração do sistema acusatório, ao menos nos seus pontos essenciais, uma vez que a atuação das partes- acusação e defesa, perfeitamente diferenciadas do órgão jurisdicional, em um processo desenvolvido sob o prisma do contraditório, tutelando-se o princípio do *favor rei* (jurisdicionado), parece-nos configurar as linhas mestras de tal sistema processual. Ao contrário, a postura omissa e ausente do juiz, despreocupado com o melhor ou pior acertamento dos fatos, significa, ao nosso ver, um amoralismo desconforme com a legitimação buscada pelo Poder Judiciário no exercício de suas funções no Estado Democrático de Direito.

FREDERICO MARQUES (*Elementos de Direito Processual Penal*. 2. Edição. Rio de Janeiro: Forense, 1965, v. 2, p. 285), no entanto, expressa grande temor pela atividade probatória do magistrado, nos seguintes termos: "*Tal não ocorre, porém, com o juiz que preside à instrução e depois deve proferir sentença definitiva sobre a acusação deduzida na denúncia. Se ele entregar-se à instrução da causa, com o ardor de um detetive diligente, estará quebrada a garantia da defesa plena e comprometida toda a estrutura acusatória do processo penal. (...) O magistrado tem de manter-se sereno, imparcial, comedido, equilibrado e superposto ao litígio, para decidi-lo com a estrita exação de tudo quanto deva imperar na excelsa função de dizer o direito e dar a cada um o que é seu. Pensar que o juiz precise descer à arena das investigações, como se fosse um policial a procura de pistas e vestígios, seria tentar a ressurreição das devassas, do procedimento inquisitivo e criar o risco e perigo de decisões parciais e apaixonadas, com grande prejuízo, sobretudo, para o direito de defesa."*

necessariamente na mitigação do ônus subjetivo da prova, uma vez que *"somente se a prova não for produzida pela parte sobre quem incide o ônus, nem pela parte contrária, nem sequer pelo juiz, é que o processo será decidido segundo as regras de distribuição do ônus da prova"*.

Inclusive, como bem destacado por Vicente Greco Filho, na sua obra já referida, *"Por muito tempo somente se considerou o ônus da prova sob o aspecto subjetivo, ou seja, da necessidade de a parte provar para vencer ou das conseqüências para a parte que deveria provar e não o fez. A doutrina processual austríaca viu outro aspecto do ônus da prova, o ônus objetivo, voltado para o juiz, o qual deve levar em consideração toda a prova constante dos autos, independentemente de quem a tenha produzido. À parte incumbe o ônus da prova de determinados fatos (ônus subjetivo), mas ao apreciar a prova produzida não importa mais quem a apresentou, devendo o juiz levá-la em consideração (ônus objetivo). Há que se reconhecer a impropriedade da expressão 'ônus objetivo', porque o juiz não tem ônus, mas dever funcional de decidir, ainda que a prova seja complexa ou os fatos sejam incertos. Podemos, também, chamar o 'ônus objetivo' de princípio da comunhão da prova, ou seja, a prova vale para ambas as partes independentemente de quem a tenha produzido. Daí se dizer que a prova nos autos não é da acusação ou da defesa, mas do juiz."* (p. 181)

A par de sua relativização, o ônus subjetivo, entendido como a faculdade das partes provarem os fatos de seu interesse, continua sendo extremamente importante. A distribuição do ônus da prova pelas partes atende a critérios de eqüidade, quais sejam: a) proximidade com a fonte ou o meio de prova; b) normalidade no decorrer dos eventos a serem apreciados, a fim de que não ocorra uma oneração não razoável da atividade probatória de uma das partes, com o conseqüente aviltamento do seu interesse; c) posição da parte relativamente ao efeito jurídico que pretende conseguir (teoria de Micheli)[15]; d) maior

[15] Vicente Greco Filho, no seu *Manual de Processo Penal*, pp. 180-1, ainda apresenta sucintamente as teorias de Chiovenda, Carnelutti, Betti e Micheli nos seguintes termos:

'*Chiovenda, depois de reconhecer as dificuldades de formulação de regras rígidas sobre a repartição do ônus da prova, lembra que o problema está ligado ao princípio dispositivo ou de iniciativa de parte, proque, se ao juiz incumbisse a investigação plena da prova, a questão não existiria. Em resumo, Chiovenda resolve o problema pelo interesse que cada parte tem em provar determinado fato, porque deseja que seja considerado pelo juiz como verdadeiro. Os critérios, portanto, seriam de mera oportunidade.*

Carnelutti objetou que o critério do interesse é equívoco, porque, alegado um fato, ambas as partes têm interesse em direção oposta. O interesse na afirmação de certo fato é unilateral, só de quem serve de base para o pedido, mas o interesse na prova é bilateral: um quer fazer prova e o outro contraprova. A distribuição do ônus da prova, portanto, não pode fundar-se no interesse de provar, mas no interesse em afirmar certo fato: ao autor interessa afirmar os fatos constitutivos de seu direito e, portanto, compete prová-los, e ao réu interessa afirmar fatos extintivos, modificativos ou impeditivos do direito do autor, daí, também, o ônus de a estes provar.

Betti considerou que mesmo a colocação de Carnelutti é ambígua, concluindo que o ônus da afirmação, decorrente do pedido ou da exceção, é que gera o ônus da prova, em virtude da igualdade das partes. O autor, para obter o resultado favorável, deve afirmar certos fatos e conseqüentemente prová-los, sob pena de perder a demanda; o réu tem interesse em contraprová-los, mas não o ônus, que se limita aos fatos que precisa afirmar para impedir a conseqüência jurídica pretendida pelo autor.

Micheli entende que a repartição do ônus da prova é definida pela posição da parte relativamente ao efeito jurídico que pretende consequir, verificando-se como se manifesta o processo em concreto. Em princípio, porém, ao autor incumbe a prova do fato constitutivo de seu direito e ao réu a prova dos fatos extintivos, modificativos ou impeditivos do direito do autor. A grande contribuição de Micheli, contudo, foi a de salientar que as regras do ônus da prova são, para o juiz, regras práticas de julgamento, ou seja, para a resolução da demanda em face da falta ou insuficiência de prova de algum fato." A conceituação feita por Carnelutti, sob o

facilidade probatória no que pertine aos fatos positivos propriamente ditos, do que em relação aos fatos negativos, mesmo sendo reconhecida a possibilidade dos fatos negativos serem provados através da constatação de fatos positivos que lhe sejam contrários.[16]

Seria destacável, ainda, o tratamento processual igualitário das partes, em um procedimento no qual seja garantido o debate e atuação contraditória no processo. Até porque, no limite, a desigualdade absoluta de tratamento implica em vedação ao efetivo acesso à justiça, direito fundamental também garantido por nossa Constituição Federal.

A existência de ônus probatório para a defesa, na forma como sustentaremos neste trabalho, não se contrapõe à aplicação do princípio do *in dubio pro reo*[17] como regra de julgamento necessária ao processo penal. Assim, por exemplo, a ilicitude e a culpabilidade, por se configurarem normalmente/razoavelmente diante da prática confirmada de um fato típico, não serão objeto de dúvida pelo julgador, em princípio, se não questionadas. Se as provas produzidas contraditarem a ilicitude da conduta ou a culpabilidade do autor[18], gerando

---

enfoque dado por Micheli, foi adotada pelo artigo 333 do nosso Código de Processo Civil, que disciplina caber ao autor a prova do fato constitutivo de seu direito e ao réu a prova da existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

[16] Segundo Vicente Greco Filho, na obra já referida, p. 183: *"o brocardo 'negativa non sunt probanda' é absolutamente inadequado em face do direito vigente, porque, se a inexistência de um fato é colocada pela lei material como constitutiva de um direito, ao autor incumbe provar que o fato não existe. A prova do fato inexistente se faz provando-se um fato contrário positivo. O que é impossível de se provar não é o fato negativo (que se converte num positivo contrário), mas o fato indeterminado (ex.: provar que alguém nunca esteve em determinado lugar). Todavia, os fatos indeterminados acabam perdendo sua relevância no plano do direito material e, portanto, como irrelevantes não são objeto de prova. Para serem relevantes devem os fatos ter certa determinação, o que os torna passíveis de prova."*

[17] Gustavo Badaró, na sua obra *Ônus da Prova no Processo Penal,* já referida, destaca três acepções referentes ao princípio da presunção de inocência (pp. 283-6): a) uma presunção política, garantindo a liberdade do acusado diante do interesse coletivo à repressão penal. b) uma regra de julgamento a ser utilizada sempre que houver dúvida sobre fato relevante para a decisão do processo. Nesta acepção, presunção de inocência confunde-se com o *in dubio pro reo*. c) uma regra de tratamento do acusado durante todo o processo, não permitindo que ele seja equiparado ao culpado.

[18] A tipicidade é ao menos indiciária da ilicitude ou uma expressão provisória da ilicitude, hábil a ser infirmada tão-somente diante das causas excludentes previstas legalmente, mesmo para os adeptos da teoria do 'tipo de injusto.' Assim, a regra é que o fato típico seja ilícito, a exceção está no afastamento da ilicitude por alguma causa excludente, entendida como um tipo justificador. Vale a pena transcrever os ensinamentos do sempre mestre Francisco de Assis Toledo, na sua obra clássica 'Princípios Básicos de Direito Penal' (5. edição. São Paulo: Saraiva, 1994, fls. 120-2): *"O conceito de injusto, aqui esboçado de forma tão resumida e didática quanto possível, revela a correlação íntima entre tipo e ilicitude e põe à tona o intercâmbio existente entre ambos. Tanto isso é verdade que, se, de um lado, não há dificuldades para traçar-se a linha divisória entre injusto e culpabilidade (o crime é um injusto culpável), o mesmo não ocorre entre injusto e tipicidade ou entre esta e ilicitude, circunstância que levou Miguel Reale Junior a afirmar: 'Constituem um mesmo momento o juízo de tipicidade e o de antijuridicidade, correspondendo à culpabilidade, como juízo de valor, significar a reprovabilidade da ação injusta'. E mais adiante: 'A antijuridicidade não é algo que se acrescenta ao fato através de um juízo de valor. É antes _ poder-se-ia acrescentar_ um elemento do injusto que só se dá, na esfera penal, enquanto típico'. Isso não significa, porém, conforme veremos logo adiante, que se deva confundir, no plano puramente dogmático, o tipo com a antijuridicidade e renunciar a busca de qualquer distinção entre esses dois elementos do conceito dogmático de crime, pois ambos se implicam mas não se equivalem. (...) Não obstante, como as causas de exclusão da ilicitude surgem destacadamente na lei, delineadas pelo legislador com a mesma técnica utilizada na elaboração dos tipos legais de crime (nestes se descreve a conduta proibida; naqueles, a conduta premitida), parece-nos irrecusável ter-se que aceitar, como de boa filiação, a autonomização formal dos tipos em tipos incriminadores e tipos justificadores, a que se refere Figueiredo Dias. Isso conduz à obtenção de resultados práticos valiosos, justificando a técnica de aferição da ilicitude de uma conduta concreta através da dupla via tradicionalmente percorrida pelo juiz- única realizável na praxis- consistente, primeiro, em constatar-se a subsunção da conduta concreta ao tipo legal; depois, passar-se á*

dúvidas acerca de sua perfectibilização, a aplicação do princípio do *in dubio pro reo* decorrerá da opção política estatal de supremacia do princípio da presunção de inocência à segurança social.

Como bem destaca Gustavo Badaró[19], a distribuição do ônus da prova segundo o critério da normalidade foi proposta, de início, por Webber. Quem pretende demonstrar o fundamento de um direito terá de provar suas condições essenciais que, em regra, são eficazes para lhe dar origem. Já as condições gerais de cada direito não precisam ser demonstradas pelo interessado, porque sua presença é presumida. Se o adverário invocar a ausência de condições gerais, que se caracterizam como impedimentos do direito, a ele incumbirá prová-las, porque estará se fundando em uma exceção à regra. O critério da normalidade parte da distinção entre condições essenciais e condições gerais de um direito. As condições essenciais, por serem específicas de cada direito, devem ser demonstradas por quem as invoca, não se podendo presumir sua existência. Já as condições gerais dos negócios jurídicos, porque normalmente estão presentes, podem ser presumidas. Assim, como a ausência de condições genéricas é excepcional, quem as invoca precisa prová-las.

Em suma, as condições normais de um direito não precisam ser provadas por quem as invoca. Já as anormais devem ser provadas por quem as alega. O que é ordinário não precisa se provar, já o que é anormal, excepcional ou extraordinário deve ser provado.

BADARÓ destaca ainda que Fitting, em vez de basear-se na dicotomia normalidade/anormalidade, distingue entre regra e exceção. Para o jurista alemão, o ordenamento jurídico é composto por um conjunto de normas-agentes e normas-reagentes. Para se determinar quais são as normas-agentes e as normas-reagentes é necessário analisar as relações de fato que acontecem na vida. As normas-agentes se consubstanciam em fatos considerados normais, regulares. Já as normas-reagentes, ao contrário, fundam-se nos fatos excepcionais. Percebe-se, portanto, que as normas-agentes são normas-regras, cujos pressupostos fáticos devem ser provados por quem as invoca. De outro lado, as normas reagentes são normas-exceção, cujo substrato fático deve ser demonstrado pelo adversário, isto é, pela parte contrária a quem alegou uma norma-regra.

---

verificação da inexistência das causas de exclusão da ilicitude. Assim, como bem salienta Figueiredo Dias, nesta área, a questão não se coloca em termos de verdade ou falsidade, 'mas em termos de maior ou menor utilidade na construção sistemática do conceito de crime'. 'Em face do exposto- prossegue o autor citado- pode formalmente aceitar-se a doutrina dos elementos negativos do tipo e conceber-se este como tipo total que engloba todos os elementos relevantes para a valoração da ilicitude; ou pode, diversamente, considerar-se que ele abrange apenas os elementos configuradores de uma espécie de delito (que ele é, nesta acepção, um tipo de delito), sendo depois, na perspectiva da ilicitude, limitado por causas justificativas que do exterior se lhe impõem, de tal modo que o tipo é só uma expressão provisória de ilicitude e que esta se afirma só sob reserva da não-intervenção de uma causa justificativa.'

Preferimos a segunda alternativa, por parecer-nos que a primeira representaria um parcial retorno na direção do tipo em sentido amplo, de antes de Beling. Além disso, a concepção do tipo como portador de um juízo de desvalor condicionado tem contado com o apoio de prestigiosos penalistas, dentre os quais Mezger (Von sinn der Strafrechtlichen Tatbestanden) e Sauer (Grundlagen). (sublinhado).

Culpabilidade, por sua vez, como bem destaca Francisco de Assis Toledo, seguindo a doutrina finalista, é um juízo valorativo, um juízo de censura que se faz ao autor de um fato criminoso. Esse juízo só pode estar na cabeça de quem julga, mas tem por objeto o agente do crime e sua ação criminosa. A culpabilidade é afastada, também, a partir da oposição de fundamentos, aceitos juridicamente, ao juízo de reprovabilidade da conduta do agente que praticou o fato típico ou ilícito (ou tipo injusto).

[19] Obra referida, pp. 244-6.

Com base em tal lógica, que julgamos de fundamental importância na análise do ônus da prova subjetivo ainda na atualidade no processo penal, o Código Napoleônico de 1806 adotou distinção baseada em fatos constitutivos, impeditivos, modificativos e extintivos do direito (hoje acolhida pelo artigo 333 do nosso Código de Processo Civil). A distinção entre tais fatos, conforme desenvolvimento procedido por MICHELI, já referido (a partir de análise realizada por Chiovenda, Carnelutti e Betti), ensejou a noção de repartição do ônus da prova entre as partes em conformidade com a sua posição relativamente ao efeito jurídico que pretende consequir.

Cabe, pois, apreciarmos agora o que são fatos constitutivos, impeditivos, modificativos e extintivos de direitos, em especial no âmbito penal.

IV FATOS CONSTITUTIVOS, IMPEDITIVOS, MODIFICATIVOS, EXTINTIVOS DE DIREITOS E DIREITO PENAL.

Vicente Greco Filho expõe a questão em termos bastante sintéticos (p. 182): *"A construção da teoria do ônus da prova no processo penal pode partir, então, do critério vislumbrado por Micheli e acolhido pelo Código de Processo Civil, de que à acusação cabe a prova do fato constitutivo de sua pretensão ou de seu direito, que são as elementares do tipo e da autoria. Fatos constitutivos são aqueles que, se provados, levam á conseqüência jurídica pretendida pelo autor. A relevância ou não de determinado fato para a produção de certo efeito jurídico é dada pelo direito material, porque nele estão definidas as relações jurídicas e os respectivos fatos geradores de direitos subjetivos. A acusação afirma certos fatos porque deles pretende determinada conseqüência de direito, a condenação; esses são os fatos constitutivos que lhe incumbe provar sob pena de perder a demanda. (...) Ao réu incumbe, em princípio, a prova da existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo da pretensão acusatória, ou seja, o fato que, a despeito da existência do fato constitutivo, tem, no plano do direito material, o poder de impedir, modificar ou extinguir aquela pretensão - são desse tipo as excludentes."*

Exporemos brevemente a distinção adotada por GUSTAVO BADARÓ (pp. 246 e seguintes), com base na doutrina estrangeira, extremamente elucidativa quanto à classificação exposta. [20]

Fatos constitutivos são aqueles que tem a eficácia jurídica de fazer nascer, de constituir uma relação jurídica. São fatos que dão vida ao direito. Em regra, o ônus destes fatos incumbe ao autor. Fatos modificativos ou extintivos são fatos que operam em um momento posterior à constituição da relação jurídica, tendo a força de modificar a eficácia jurídica já produzida por essa relação ou determinar a sua extinção. O ônus da prova dos fatos modificativos e extintivos, em regra, incumbe ao réu. [21]

---

[20] Na doutrina nacional o tema está a merecer análise, uma vez que as obras consultadas trazem sucintamente a distinção ou a consideram pré-compreendida.

[21] Utilizamos a expressão 'em regra' porque o direito processual ou material pode, em determinadas circunstâncias, subverter a distribuição exposta com base no critério da normalidade e da equidade na atuação das partes. Obviamente, tal postura só resulta aceitável quando explicitamente expõe o desejo do legislador de

Por fim, os fatos impeditivos são aqueles cuja ausência é necessária para a eficácia jurídica dos fatos constitutivos e cujo concurso impede a produção de seus efeitos. Os fatos impeditivos quando comprovados impedem que o fato constitutivo produza o efeito que lhe é normal ou próprio, que constitui a sua razão de ser. Também para os fatos impeditivos o ônus da prova, em regra, é do réu.

Destaca o autor não haver dificuldade na distinção entre os fatos constitutivos e os modificativos e extintivos, uma vez que os dois últimos ocorrem depois que o fato constitutivo já produziu seus efeitos. Não há sincronicidade temporal entre eles.

Em relação aos fatos impeditivos, seu aperfeiçoamento se verifica juntamente com os fatos constitutivos. A verdade é que, como bem destaca o autor, os fatos impeditivos são uma inversão de sinais em relação às circunstâncias genéricas que acompanham os elementos essenciais dos fatos constitutivos. Assim, as condições genéricas, por pertencerem ao campo da normalidade, não precisam ser especificadamente demonstradas, devendo, isto sim, ser infirmadas por algum obstáculo ao seu aperfeiçoamento, constituindo os chamados fatos impeditivos.

Tal constatação não é fruto da adequação ou inadequação da distinção entre fatos constitutivos e impeditivos, mas trata-se de uma verificação epistemológica genericamente aplicável, da qual o estudo científico jurídico apropriou-se. Expliquemo-nos através de um exemplo.

No momento que procuramos demonstrar que José possui olhos azuis, procuramos depoimentos, fotografia, filmagens que focalizem sua cor de olhos. A partir disso será desenvolvido o raciocínio empírico aceitável e esperado por todos. Não há necessidade de que analisemos seu glóbulo ocular, seus nervos, a partir de exames médicos, por exemplo.

No entanto, se alguém nos argumenta que ele não possui olhos, mas trata-se de uma prótese, estaremos no campo da anormalidade, quanto a uma circunstância genérica, que é o fato da pessoa possuir olhos, para tê-los azuis. Primeiramente, sem o argumento ser lançado, a investigação sobre tal questão seria irrazoável e desnecessária (se partíssemos no plano da realidade à demonstração de todos os elementos constitutivos físicos, químicos, biológicos, culturais de tudo o que aludimos chegaríamos a absoluta impossibilidade de alegarmos qualquer fato e de o demonstrarmos). Não é assim que opera nosso raciocínio, seja indutivo, seja dedutivo.

Além do argumento ser lançado por outrem (no caso não cabe seu pronto afastamento, pois ele não é em si absurdo), espera-se que o opositor nos dê elementos de convencimento acerca do mesmo. Tais elementos (que podemos chamar de provas) poderão nos acarretar a dúvida sobre a existência da prótese (exemplo: testemunhos sobre a colocação da prótese no João, um pouco obscuros) ou nos conduzir a certeza da cirurgia (laudos

---

favorecer uma determinada parte processual e dentro de limites que não afetem o direito à eficaz tutela jurisdicional, que tem magnitude de preceito fundamental.

GUSTAVO BADARÓ destaca (pp. 254-5) que os ônus precisam ser considerados conjugando a norma material abstratamente considerada com a pretensão concretamente formulada pela parte, nos termos bem explicitados por Gian Antonio MICHELI, já referidos. A ressalva presta-se, essencialmente, ao caso das declarações negativas ou ações rescisórias (descontitutivas). Os fatos constitutivos de tais demandas são, para o direito material, fatos impeditivos, modificativos ou extintivos de direitos. De qualquer forma, a importância e utilidade da classificação exposta e sua aplicabilidade aos ônus de prova continuam a mesma, havendo apenas que se conjugar o critério extraído do direito material com a posição da parte no processo.

médicos, testemunhos esclarecedores). Estaremos no campo da verossimilhança ou da certeza. De qualquer forma, a demonstração do contra-argumento relativo à questão genérica, relativa a uma normalidade biológica esperada, impõe-se ao opositor.

Tal exemplo pode ser estendido aos demais fatos cotidianos, sendo que a atuação esperada dos sujeitos permanece a mesma no campo jurídico. Não nos olvidemos, como bem destaca Jeremias Bentham, citado por Leonardo Greco no seu artigo sobre 'O conceito de prova', que a prova é um instrumento que o processo tomou emprestado da realidade da vida.[22]

Retomando a análise de GUSTAVO BADARÓ, destaca o autor dois critérios geralmente empregados para a distinção entre fatos constitutivos e fatos impeditivos. O primeiro é a linguagem utilizada pelo legislador ao estabelecer o comando legal. Quando o legislador insere, no contexto de uma proposição normativa, expressões ou conjuções alusivas a uma situação diversa ou excepcional, é porque deseja impedir que se produzam os efeitos ligados aos elementos precedentemente descritos. Expressões como 'salvo se', 'exceto', 'a não ser que', ou outras semelhantes, indicam que o elemento contido na oração condicional deve ser considerado como fato impeditivo do direito.

Outra forma de distinguir fatos constitutivos dos impeditivos é o critério da normalidade. Na normalidade dos casos, as circunstâncias genéricas necessárias para a eficácia específica dos fatos constitutivos estarão presentes. Por exemplo, nos contratos, normalmente, o agente é capaz e o objeto é lícito. São estas circunstâncias genéricas, normalmente presentes, que, quando excepcionalmente estiverem ausentes, caracterizarão um fato impeditivo do direito. Nos exemplos dados, seriam fatos impeditivos a incapacidade do agente ou a ilicitude do objeto. Os fatos impeditivos são fatos que, na medida do *id quod plerumque accidit*, não ocorrem quando se verifica um fato constitutivo.

Pois bem, analisemos a repartição dos elementos do delito a partir da classificação proposta. Cabe aduzir que a doutrina nacional é bastante pacífica, com poucas discrepâncias, quanto ao enquadramento que será ora trabalhado (José Frederico Marques, Helio Tornaghi, Vicente Greco Filho, Bento de Faria, Camargo Aranha, Irajá Pereira Messias, etc.). No entanto, cremos interessante analisá-lo com cuidado, a partir das noções acima referidas.

A configuração dos elementos do tipo penal (tanto nos seus elementos objetivos, subjetivos e normativos) e a autoria delitiva são os pressupostos básicos para a aplicação de qualquer sanção criminal. Obviamente, a configuração de tais elementos, por serem essenciais à condenação, é ônus da acusação.

A descrição de condutas, na forma de tipos legais, é uma garantia do cidadão, tendo em vista o princípio da legalidade estrita que vige no Direito Penal.

Quanto ao elemento subjetivo, costuma-se dizer que o dolo é presumido e a culpa precisa ser provada. Em verdade, não se trata de presunção de dolo.[23]

---

[22] BENTHAM, Jeremias. *Tratado de las pruebas judiciales.* Comares: Granada, 2001, p. 15.

[23] A presunção é um sucedâneo da prova, juntamente com as provas legais, os indícios, o fato notório e o ônus da prova. Eles não se destinam a levar ao juiz a verdade sobre um fato, mas são instrumentos que possibilitam que o juiz julgue o processo, ainda que não tenha certeza sobre a ocorrência ou não de um fato relevante para a decisão. Nas presunções judiciais, o juiz passa de um fato provado a outro não provado, pois com base na prova de um determinado fato, que não constitui o *thema probandum*, o juiz, por meio de um processo mental, conclui

O que ocorre é que os elementos psíquicos, por serem internos ao agente, só podem ser conhecidos através de fatos objetivos pelos quais eles se exteriorizem. Ao julgador não há como conhecer o caráter da vontade do agente a não ser por sua exteriorização, através da análise conjugada das provas dos autos.[24]

Dificilmente haverá, isto se puder haver, alguma prova específica quanto ao agir doloso do acusado. Dos elementos juntados, especialmente da forma como o crime foi desenvolvido, atinge-se um estado de segurança/certeza quanto ao dolo. A característica de que o dolo, em regra, encontra-se presente a partir do cometimento dos elementos objetivos do tipo penal induz a argumentação de que ocorre uma presunção. Trata-se na verdade do mecanismo pelo qual a vontade intrínsica se exterioriza.

No caso da culpa, quando se aduz a suposta falta de presunção, quer-se significar que além do convencimento trazido pelos elementos objetivos de exteriorização do fato típico, há que serem evidenciados alguns requisitos específicos, que configuram a imprudência, imperícia ou negligência, formas do agir culposo.[25]

Agora, no caso do erro de tipo, o caratér da absoluta anormalidade do estado psíquico do agente diante de algum ou de todos os elementos que compõem o tipo penal torna a prova do erro um ônus da defesa. Assim, se o agente alega que portava substância entorpecente por pensar tratar-se de algum medicamento que utiliza, tal situação em princípio não é crível ou esperada. A simples alegação do fato está no campo da possibilidade, uma vez que não é absurda. Agora, caberá a defesa demonstrar elementos que exteriorizem, a partir de

---

que ocorreu um outro fato, este sim, objeto da prova. Provada a ocorrência do fato x, o juiz presume a ocorrência do fato y.

Maria Thereza Moura (*A prova por indício no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1994), citada em nota de rodapé na p. 278 da obra de GUSTAVO BADARÓ, faz clara distinção entre presunções e indícios, que merece transcrição: *"Aí reside, ao nosso ver, a diferença substancial entre indício e presunção simples, ou do homem: esta é ilação que o magistrado tira de um fato conhecido, partindo tão-somente da experiência comum, para afirmar, antecipadamente, como provável, fato desconhecido. Vale dizer, antes que de outra forma seja provado. Aquele, o indício, remonta, de fato específico e concreto, a uma conclusão, cujo conteúdo é fornecido de proposição geral, ditada da lógica ou da experiência comum. Aqueles que identificam indício e presunção equivocam-se, ao nosso ver, porque confundem a ilação indiciária com a presuntiva: como vimos, a primeira ocorre a partir de fatos concretos, enquanto a segunda nasce de um atributo genérico."*

[24]A alegada prova direta de tais fatos decorreria de confissão judicial ou documento de próprio punho. No entanto, como tais elementos são produzidos pelo próprio autor da vontade, que racionalmente exterioriza os elementos de convicção desejáveis, eles podem expressar exatamente o contrário do elemento subjetivo que norteou sua ação.

[25] Adalberto Camargo Aranha, na sua obra já referida 'Da Prova no Processo Penal', p. 13, faz a seguinte diferenciação: *"É, portanto, excepcional a punibilidade da culpa. Geralmente a norma penal pressupõe no destinatário uma vontade diretamente contrária ao preceito, ou seja, vontade dirigida ao evento proibido ou a um resultado imposto e obrigatório. A derrogação há de ser expressamente indicada, isto é, devem ser declarados taxativamente os casos em que a vontade seja punível, conquanto não dirigida nem ao evento interditado nem ao imposto. Noutros termos, assentada a normalidade do dolo, resulta a excepcionalidade da culpa, donde o imperativo da declaração expressa."*

Consequentemente, a normalidade faz com que o dolo seja presumido, enquanto a excepcionalidade impõe à acusação demonstrar a existência de culpa.

Esta é a doutrina majoritária sobre o assunto. No entanto, em verdade, parece-nos que a demonstração da culpa deve-se à circunstância de que o agir culposo tem especificidades que precisam ser delimitadas (circunstâncias que atestem a negligência, imperícia e imprudência) não exteriorizáveis diretamente, em regra, a partir dos elementos que identificam o tipo objetivo.

sua análise conjunta, a probabilidade do erro. Por se tratar também de estado psíquico sua demonstração depende da análise conjugada de elementos diversos que permitam a compreensão da vontade do agente (ex.: laudos médicos atestando que o denunciado inalava substância medicamentosa com aparência similar à cocaína, etc.).

Enfim não é o caráter subjetivo do elemento a ser apreciado que torna possível o uso de eventual presunção (inclusive, quando a doutrina aduz a palavra presunção, observa-se que a referência é pertinente ao mecanismo de constatação da vontade do agente). A distribuição do ônus para a defesa se justifica diante da anormalidade do erro, de sua proximidade probatória e posição processual quanto ao fato. Na classificação já explicitada, trata-se de um fato impeditivo.

A aposição da ilicitude, por sua vez, como fato impeditivo justifica-se, parece-nos, seja em face das teorias que apregoam clara distinção entre a tipicidade e a ilicitude, quanto aquelas que defendem o tipo penal de injusto, a englobar a ilicitude do fato.[26] Não vemos diferença substancial entre elas no que pertine ao ônus da prova.

A ilicitude, estando ou não englobada no tipo penal é necessária para a configuração do fato criminoso. O tipo será sempre, ao menos, indiciário da ilicitude, uma vez que as condutas tipicamente previstas são, em regra, proibidas pelo Direito Penal. Havendo alguma circunstância que as torne lícitas, o ilícito esperado será afastado. Assim, há autores que trabalham com a noção de tipos permissivos (legítima defesa, estado de necessidade, exercício regular de direito e estrito cumprimento de dever legal); outros preferem falar em elementos negativos do tipo penal de injusto (ausência de legítima defesa, ausência de estado de necessidade, ausência de exercício regular de direito, ausência de estrito cumprimento de dever legal).

Em realidade, conforme inclusive apregoa Francisco de Assis Toledo, o tratamento das causas excludentes de ilicitude como tipos permissivos facilita a compreensão e demonstração das mesmas, o que é salutar no Direito Penal.

No entanto, os fundamentos da incumbência do ônus subjetivo para a defesa quanto às causas excludentes de ilicitude continuam os mesmos:

a) elas representam um afastamento da normalidade ou das condições genéricas de perfectibilização do evento, o que fundamenta serem tratadas como fatos impeditivos. Eles são, como já referidos, a visualização, com sinal invertido, de uma condição genérica ou normal presente no fato jurídico.

---

[26] Vale referir novamente o ensinamento de Francisco de Assis Toledo (*Princípios Básicos de Direito Penal*), que apregoa o crime como um injusto culpável (pp. 119-125): *"O conceito de injusto, aqui esboçado de forma tão resumida e didática quanto possível, revela a correlação íntima entre tipo e ilicitude e põe à tona o intercâmbio existente entre ambos. Tanto isso é verdade que, se, de um lado, não há dificuldades para traçar-se a linha divisória entre injusto e culpabilidade (o crime é um injusto culpável), o mesmo não ocorre entre injusto e tipicidade ou entre esta e ilicitude, circunstância que levou Miguel Reale Junior a afirmar: 'Constituem um mesmo momento o juízo de tipicidade e o de antijuridicidade, correspondendo à culpabilidade, como juízo de valor, significar a reprovabilidade da ação injusta'. E mais adiante: 'A antijuridicidade não é algo que se acrescenta ao fato através de um juízo de valor. É antes _ poder-se-ia acrescentar _ um elemento do injusto que só se dá, na esfera penal, enquanto típico'. Isso não significa, porém, conforme veremos logo adiante, que se deva confundir, no plano puramente dogmático, o tipo com a antijuridicidade e renunciar a busca de qualquer distinção entre esses dois elementos do conceito dogmático de crime, pois ambos se implicam mas não se equivalem. (...)"*

b) a proximidade da prova, quando não a condição de sua realização adequada, será da defesa. Citando um exemplo clássico trazido por Damásio de Jesus[27], o bombeiro que deixa de atender a um incêndio de pequenas proporções para atender a outro de maior gravidade deve demonstrar, para que se perfectibilize o estado de necessidade, a existência do segundo incêndio e sua gravidade maior, uma vez que são dados do seu conhecimento, conforme alegado, e hábeis a serem pelo mesmo demonstrados;

c) a posição de interesse processual na alegação. O acusado, assim como tem o direito de mentir, tem direito a alegar tudo que lhe seja conveniente, tornando-se necessário exigir-lhe uma parcela de empenho na produção probatória quanto aos elementos que determinem o afastamento, por fatos impeditivos, da acusação formulada.

No tocante à culpabilidade, discordamos totalmente da afirmação de Gustavo Badaró no sentido de que seria maior a impossibilidade de considerá-la como fato impeditivo do direito de punir (p. 325, obra referida). Nos parece o contrário, uma vez que a imbricação profunda existente entre a tipicidade e a ilicitude não se verifica em relação a tais elementos e a culpabilidade. [28]

Alude Badaró que, embora doutrinariamente a culpabilidade seja expressa em termos positivos (imputabilidade, potencial consciência de ilicitude e exigibilidade de conduta diversa), o legislador trabalha especificando hipóteses nas quais a culpabilidade NÃO se configura (doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, idade inferior a dezoito anos, embriaguez completa, proveniente de caso fortuito e força maior, erro de proibição, coação moral irresistível, obediência hierárquica), ao inverso de explicitar QUANDO ela se configura.

Assim tinha que o ser, no entanto, pois novamente a regra é a culpabilidade do agente que perpetrou um injusto penal. Haverá circunstâncias específicas nas quais esta regra é afastável (exceções) que dependem de demonstração. Não haveria sentido o Código descrever genericamente quando o fato é culpável[29], uma vez que o caráter genérico dos preceitos constituiriam em si uma má técnica legislativa, possibilitando a atuação mais repressiva do Estado. A aplicação do princípio da legalidade estrita impõe a descrição dos elementos que afastam a culpabilidade, permitindo ao acusado sua demonstração.

Aplicável, portanto, aqui na íntegra o raciocínio exposto no tópico anterior.

Duas observações merecem ser feitas. O entendimento jurisprudencial que entende só ser possível a certidão de nascimento como prova da menoridade do réu parece-nos que deva ser afastado, sob pena de configuração de limitação probatória prejudicial à defesa e ao princípio do *favor rei.* A aceitação de qualquer prova documental como hábil a

---

[27] JESUS, Damásio E. de, *Direito Penal*. 11. Edição. São Paulo: Saraiva, 1986, v. 1- Parte Geral, p. 321.

[28] Esclarecedora a análise procedida por DAMÁSIO E. DE JESUS, na obra 'Direito Penal', já referida, p. 395: *"Maggiore, lembrado por José Frederico Marques, ensina que desde que exista causa de exclusão da ilicitude não há crime, pois um fato não pode ser ao mesmo tempo lícito e antijurídico; quando, porém, incide uma causa de exclusão da culpabilidade o crime existe, embora não seja efetivo, não em si mesmo, mas em relação à pessoa do agente declarado não culpável. Assim, Maggiore admite a existência de crime não punível. É que, segundo ele, para que exista crime a parte objecti, bastam dois requisitos: fato típico e antijuridicidade. A culpabilidade liga o agente à punibilidade, i.e., a pena é ligada ao agente pelo juízo de culpabilidade."*

[29] O que é possível doutrinariamente, um vez que, como já referido, toda causa impeditiva é, epistemologicamente, sob o ângulo contrário, um elemento genérico ou regra do fato jurídico considerado .

demonstrar o afastamento da imputabilidade pela menoridade é condizente com um sistema probatório mais avançado quanto os valores tutelados pela Carta Magna.

No que se refere à demonstração de perturbação da saúde mental ou desenvolvimento mental incompleto também entendemos, juntamente com Badaró (p. 328, nota de rodapé 325) que o artigo 26 do Código Penal criou uma regra de julgamento específica para o caso de dúvida sobre a imputabilidade, uma vez que a perícia terá que identificar se o agente era imputável, inimputável ou semi-imputável.

Discussões sobre punibilidade não afetam mais a configuração do injusto culpável. Estamos diante de fatos extintivos do direito de punir, cujo ônus probatório, em regra, é do acusado. Como exemplos podemos citar a decadência e a prescrição, a renúncia do direito de queixa ou o perdão do ofendido, a retratação, o indulto, a graça, a morte do agente, a anistia.[30]

No entanto, há que se observar que a prova de alguma destas causas extintivas de punibilidade são mais facilmente aptas a serem realizadas pela acusação, como a inocorrência de prescrição (uma vez que a acusação precisa provar a data do fato criminoso, ou o período aproximado do mesmo), decadência (tendo em vista que o acusador precisa oferecer queixa no prazo legal de seis meses a partir do conhecimento do autor do crime ou, no caso de inércia do Ministério Público, da data em que se esgotar o prazo para o oferecimento da denúncia), a ausência de retratação da representação até o oferecimento da denúncia (uma vez que havendo retratação da representação não pode o Ministério Público denunciar e, após oferecida a denúncia, a representação se afigura como irretratável, nos termos do artigo 25 do Código de Processo Penal). A prova de todos estes fatos está interligada com a demonstração da data do fato criminoso ou dos pressupostos para o regular exercício da ação penal, cabendo portanto, parece-nos, ao acusador.

Todavia, José Frederico Marques[31] após também identificar algumas causas de extinção da punibilidade como sendo ônus da acusação, esclarece: "*Todavia, outras causas de extinção da punibilidade, como o indulto ou graça, a reabilitação, a morte do agente, a própria lei as exige provadas pela defesa, como se vê respectivamente dos arts. 62, 738, 741 e 744 do Cód. de Processo Penal. Ainda compete ao acusado provar a extinção da punibilidade, quando estiverem em foco os atos mencionados nos itens VIII e IX, respectivamente, do art. 108 do Código Penal.*"

Quanto à dosimetria da pena, que obviamente não afeta mais a configuração do delito, mas tão-somente o montante da penalisação a ser imposta, a repartição do ônus da prova entre acusação (circunstâncias agravantes e majorantes) e defesa (circunstâncias atenuantes e minorantes) não se baseia mais na normalidade dos fatos a serem apreciados (dentro de uma idéia de regra e exceção). Funda-se nas noções de proximidade com a prova e de interesse processual.

---

[30] As hipóteses de extinção da punibilidade referentes ao casamento da vítima com terceiro ou com o agente do crime foram revogadas pela Lei 11.106/2005.

[31] *Elementos de Direito Processual Penal*, v. 2, p. 290.

Por fim, merece consideração, embora breve, a questão do álibi. Gustavo Badaró defende que não se trata de exceção material, mas sim de negação motivada. De qualquer forma, parece-nos que o ônus subjetivo no caso, indubitavelmente, é do acusado.

O conhecimento do álibi e de suas circunstâncias é do réu (somam-se as teorias da normalidade, da proximidade das provas, do interesse jurídico, ainda a questão da novidade em matéria de álibi, uma vez que a forma supostamente diversa pela qual o fato teria ocorrido ou os elementos disponíveis a demonstrarem a inveracidade da tese acusatória, são de conhecimento e possuídos pela defesa). Se a defesa alega uma circunstância ou prova específica que a favorece, deve demonstrá-la.

Inclusive, o próprio Badaró destaca que, sob o ponto de vista da alegação, realmente o álibi constitui um exemplo de tema de prova defensivo que se inclui na esfera de conhecimento do próprio acusado e que, dificilmente, pode emergir no processo se não for por ele alegado. Provavelmente, somente quem está sendo acusado de um crime que não cometeu sabe o lugar- diverso- em que estava no momento em que o delito foi praticado.

No entanto, destaca o autor que a atribuição de ônus à defesa quanto à prova do álibi geraria imensa injustiça, uma vez que seria melhor que o acusado nunca alegasse um álibi, mas se limitasse a negar genericamente autoria, pois negada a autoria a dúvida levaria à absolvição. Em verdade, o contrário ocorre, uma vez que ao aduzir um álibi a defesa cria a possibilidade de trazer elementos de dúvida ao julgador, que se contentaria, possivelmente, com as provas já trazidas pela acusação, ou, pelo menos, dificilmente teria acesso à linha defensiva passível de ser comprovada através do álibi alegado.

Ademais, como será trabalhado, entendemos que a existência de ônus subjetivo para a defesa, relativo a comprovação, não da certeza dos elementos impeditivos, modificativos e extintivos da acusação formulada, mas da verossimilhança dos mesmos, é totalmente compatível com o princípio do *in dubio pro reo*, a ser aplicado por ocasião do julgamento efetivado pelo magistrado.[32]

V POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS ACERCA DA CORRELAÇÃO ENTRE O ARTIGO 156 DO CPP COM O ARTIGO 333 DO CPC.

Passaremos a referir algumas posições doutrinárias relevantes para a compreensão do assunto em solo pátrio. [33]

Fernando da Costa Tourinho Filho[34] defende a aplicação do princípio constante no artigo 156 do Código de Processo Penal, em conjunto com o artigo 333 do Código de Processo Civil (embora não explicite este último dispositivo) nos seguintes termos:

[32] Não podemos portanto concordar, ao que pese o brilhantismo que acompanha as análises empreendidas pelo professor Afrânio Silva Jardim, de sua conclusão exposta no ítem 'h', do Capítulo 12, da obra 'Direito Processual Penal', já referida: *"h) no processo penal acusatório moderno, ao réu basta tão-somente opor-se à pretensão do autor, através de pura negativa dos fatos da acusação ou através de negativa qualificada por afirmação de fatos excludentes daqueles que lhe são imputados na peça acusatória'.*

[33] As referências, exemplificativas, não abrangem todas as obras aludidas neste trabalho pelo simples receio de tornar o tópico cansativo ao leitor. No entanto, cremos que a partir das mesmas ter-se-á um panorama da linha de raciocínio desenvolvida por grande parte dos doutrinadores pátrios.

> *"Não havendo entre nós o Juizado de instrução, nem sendo o procedimento escalonado, tal como ocorre em numerosos países da Europa, parece claro que o ônus da prova incumbe a quem alega, malgrado a regra constante da segunda parte do art. 156 do CPP. É claro que as partes não estão obrigadas a fazer prova do que alegam, mas submetidas ao ônus de demonstrar o que alegam. (...) Cabe, pois, à parte acusadora provar a existência do fato e demonstrar sua autoria. Também lhe 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. Se, por acaso, a defesa argüir em seu prol uma causa excludente de ilicitude, 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."*

João Batista Lopes, em interessante artigo sobre o 'Ônus da Prova no Processo Penal'[35], critica a imprecisão do artigo 156 do Código de Processo Penal, tecendo os seguintes comentários acerca de sua aplicação:

> *"Algumas dificuldades surgem na aplicação do ônus da prova no processo penal. Como se deve resolver, por exemplo, o problema relativamente ao dolo?*
>
> *Depois de assinalar que 'o ordinário se presume, o extraordinário se prova' e que l´ordinario degli uomini é l´innocenza', Malatesta assevera que o normal é que o homem aja consciente da natureza das próprias ações: há, portanto, uma presunção relativa de dolo decorrente da exterioridade criminosa da ação já provada. (...)*
>
> *O mesmo não se pode dizer, entretanto, a respeito da culpa (culpa strictu sensu).*
>
> *Como se sabe, a culpa não se presume, devendo ser 'cumpridamente demonstrada, dentro dos elementos de sua configuração, desprezadas as deduções, as ilações ou as conclusões que não se assentem em prova concreta, acima de qualquer dúvida.'*
>
> *No que tange ás excludentes de criminalidade, em princípio, ao réu incumbe o ônus da prova de sua existência.*
>
> *Entretanto, pode ocorrer que o réu não consiga convencer o magistrado, da procedência de sua defesa, mas logre, ao menos, deixá-lo em dúvida quanto à possibilidade de ter ocorrido a excludente: nesse caso, impõe-se a aplicação do in dubio pro reo (absolvição por falta de provas)."*

---

[34] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Curso de Processo Penal.* 27. Edição. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 3, pp. 238 e 239.

[35] LOPES, João Batista. *O Ônus da Prova no Processo Penal. In* Revista de Processo, São Paulo: RT, julho-dezembro de 1978, n.s 11-12, pp. 147-153.

Conclui João Lopes Batista que, na falta de regras expressas, o ônus da prova do fato delituoso (materialidade), da autoria, da culpa e das agravantes incumbe à acusação, cabendo a defesa a prova das excludentes, da ausência de dolo, das atenuantes, do álibi e das causas de isenção de pena. Destaca ainda que tal divisão deve ser interpretada com cautela, em face do papel dinâmico exercido pelo juiz no processo penal na busca da verdade real.

Idêntica é a conclusão defendida por Mirabete, no seu 'Código de Processo Penal Interpretado' [36]: *"Dispõe a lei que a prova da alegação incumbe a quem a fizer, princípio que decorre inclusive na paridade de tratamento das partes. No processo penal condenatório, oferecida a denúncia ou a queixa cabe ao acusador a prova do fato típico (incluindo dolo e culpa) e da autoria, bem como das circunstâncias que causam o aumento da pena (qualificadoras, agravantes, etc.); ao acusado cabe a prova das causas que excluem a antijuridicidade, culpabilidade e punibilidade, bem como das circunstâncias que impliquem a diminuição da pena (atenuantes, causas de diminuição da pena, etc.), ou a concessão de benefícios penais. Não está pois o réu obrigado a produzir prova contra si. Cabe ao réu, também, se pretender a absolvição com base no artigo 386, I, do CPP, a prova da 'inexistência do fato'."*

Adalberto Camargo Aranha, na sua obra já referida 'Da Prova no Processo Penal', também filia-se à doutrina majoritária já descrita, cabendo destacar as seguintes considerações, que nos parecem interessantes (p. 10):

> *"O ônus de provar é carregado a quem fez a alegação, importando numa segunda indagação: o que as partes devem alegar? O que compete à acusação e o que cabe à defesa:*
> *Sem o receio de errar podemos afirmar que tanto a doutrina como a jurisprudência, interpretando o referido no art. 156, fraternalmente seguiram a doutrina de Carnelutti, baseada no interesse da própria afirmação.*
> *É o ensinamento do autor citado: 'Cabe provar a quem tem interesse de afirmar; portanto, a quem interessa uma pretensão cumpre provar-lhe os fatos constitutivos e a quem fornece a exceção cumpre provar os fatos extintivos ou as condições impeditivas ou modificativas'. E acrescenta uma viabilidade prática surgida da experiência: '<u>Quase sempre, aquele a favor de quem um fato constitui a base de uma pretensão, ou de uma exceção, procura dispor dos meios necessários para demonstrá-lo'.</u>*
> *Robustecendo nossa afirmativa trazemos à colação <u>Hélio Tornaghi:</u> 'Portanto, o sentido do art. 156 deve ser esse: ressalvadas as presunções que invertem o ônus da prova, as alegações relativas ao fato constitutivo da pretensão punitiva têm de ser provadas pelo*

[36] MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de Processo Penal Interpretado*. 6. Edição, São Paulo: Atlas, 1999, p. 242.

> *acusador e as referentes a fatos impeditivos ou extintivos devem ser provadas pelo réu.'.* (Sublinhado nosso)

Vicente Greco Filho, no seu 'Manual de Processo Penal', pp. 182-3, após destacar a necessidade da aplicação da regra prevista no Código de Processo Civil (art. 333), a partir do critério vislumbrado por Micheli, explicita o seguinte sobre o descumprimento do ônus: *"O descumprimento do ônus, contudo, por parte do réu, não acarreta necessariamente a procedência da imputação, porque o ônus da prova para a defesa é um ônus imperfeito, ou diminuído, em virtude do princípio do in dubio pro reo, que leva à absolvição, no caso de dúvida quanto à improcedência da imputação. Assim, em princípio, à defesa incumbe a iniciativa da prova das excludentes, mas basta-lhe a prova que suscite uma dúvida razoável, porque a dúvida milita em seu favor."*

Por fim, cabe destacar os ensinamentos de José Frederico Marques, expostos em sua excelente obra 'Elementos de Direito Processual Penal'[37]:

> *"Este, aliás, é o sistema adotado em nosso Cód. de Proc. Penal, como se vê da análise do art. 156, em combinação com o que consta do art. 386. (...)*
>
> *Só se verifica haver prova suficiente para a condenação quando se demonstra a existência do crime na integralidade de todos os seus elementos constitutivos. O Ministério Público deve provar a prática do fato típico. Feita essa demonstração fundamental, segue-se o juízo de valor sobre a ilicitude da conduta tipificada. Existindo uma causa excludente da antijuridicidade, o fato típico não será ilicito. Ao réu, porém, incumbe provar a existência dessa causa excludente da ilicitude, para que demonstre ter agido secundum jus. Não lhe cumpre, porém, como lembra Robert Vouin, trazer 'uma prova plena e completa em apoio de sua defesa', porquanto a prova insuficiente pode mostrar ser provável a existência da causa excludente e justificar assim a absolvição 'pour la raison que le doute profile a l´inculpé', ao reverso do que se dá com a acusação, que somente pode ser procedente com provas decisivas, 'pour la raison que l´inculpé est presumé innocent'.*
>
> *Idêntico fenômeno ocorre com o ônus da prova no tocante às causas de exclusão da culpabilidade mencionadas no art. 386, n. V, do Cód. de Proc. Penal. (...)*
>
> *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 a base da norma que lhes é favorável'. E isto quer se trate de norma jurídico-penal, como de norma processual."*

[37] Obra referida, volume 2, pp. 286-9.

Por fim, conclui-se a partir do exposto que a doutrina nacional, de forma prevalente, conjuga as regras constantes no art. 156 do Código de Processo Penal com o art. 333 do Código de Processo Civil, estabelecendo ônus para a acusação e a defesa, os últimos mitigados em face do princípio que a dúvida favorece o réu.

VI POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS QUE ATRIBUEM TODO O ÔNUS DA PROVA À ACUSAÇÃO, EM FACE DOS PRINCÍPIOS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DO *FAVOR REI*.

Quanto à excelente obra de Gustavo Badaró, tendo em vista que no presente trabalho, em diversos pontos, procuramos em verdade desenvolver um debate com o autor, com o apoio de doutrina especializada que julgamos extremamente qualificada, limitaremo-nos, nesta oportunidade, a destacar algumas conclusões do seu livro sobre o ônus da prova (pp. 433-9):

> *"Sob o enfoque subjetivo, em regra, o ônus da prova é todo do Ministério Público ou do querelante. O ônus da prova, enquanto direcionamento da atividade das partes tendente à produção das provas de suas alegações, é apenas um ônus imperfeito. Diante dos poderes instrutórios do juiz e também em decorrência da regra da comunhão da prova é possível que, mesmo sem ter praticado o ato probatório, ao final do processo, a parte omissa não sofra uma conseqüência negativa por não ter produzido a prova sobre um fato relevante para si. Tal prova poderá ser produzida pelo juiz e mesmo pela parte contrária.*
>
> *Já o aspecto objetivo do ônus da prova, caracterizado como a regra de julgamento a ser observada no caso de dúvida do juiz sobre fato relevante, no momento de julgar o processo, é resolvida por meio da regra in dubio pro reo.*
>
> *O juiz deve absolver o acusado em caso de dúvida, não só quanto à autoria e aos elementos do tipo penal, como também em relação às excludentes de ilicitude e culpabilidade. Aliás, diante de tal princípio, todo o ônus da prova incumbe à acusação, não havendo uma 'distribuição' do ônus da prova, nos moldes do que ocorre no processo civil.*
>
> *(...)*
>
> *No processo penal condenatório o acusado não tem qualquer ônus probatório, porque a regra constitucional da presunção de inocência assegura que qualquer dúvida sobre fato relevante deve ser resolvida em favor do acusado. Não há para o acusado, sequer, o ônus de gerar dúvida sobre a ocorrência dos fatos que lhe sejam favoráveis, tendo em vista que tal posição equivale a afirmar que, para a condenação, o Ministério Público tem o ônus de levar ao juiz a certeza da inocorrência de tais fatos.*

(...)
A presunção de inocência, consubstanciada no in dubio pro reo, representa a regra de julgamento a ser aplicada pelo juiz no caso de dúvida sobre fato relevante no processo penal condenatório.
A dúvida sobre dados fáticos que caracterizam a conduta típica, bem como sobre a ocorrência do resultado naturalístico e o nexo de causalidade, quando estes forem exigidos, deve ser resolvida em favor do acusado.
Os elementos subjetivos do delito devem ser provados pela acusação. A dúvida sobre o dolo ou a culpa impõe a absolvição do acusado por aplicação do in dubio pro reo. É inaceitável a presunção jurisprudencial do dolo, na medida em que significa a criação de uma presunção contrária a presunção de inocência. O dolo, assim como os demais elementos do delito, deve ser provado, ainda que de forma indireta, por meio de dados objetivos que permitam inferir a intenção do agente.
A regra do in dubio pro reo aplica-se também às excludentes de ilicitude. Desde que haja dúvida razoável, impõe-se a sentença absolutória.
Embora sejam elementos negativos do delito, as excludentes de ilicitude são fatos negativos determinados e definidos, cuja inocorrência pode ser perfeitamente demonstrada pela comprovação de fatos positivos com eles incompatíveis.Se houver dúvida sobre a ocorrência de qualquer das excludentes de ilicitude, o acusado deve ser absolvido.
A prova dos elementos que caracterizam a culpabilidade incumbe à acusação. A dúvida sobre a ocorrência de uma excludente de culpabilidade deve ser resolvida em favor do acusado. A presunção de inocência não se aplica apenas ao injusto penal, sendo extensível também à reprobabilidade da conduta ilícita.
A punibilidade, embora não seja elemento do delito, mas pressuposto de aplicação da pena, também só pode ser afirmada nos casos em que não há dúvida sobre sua ocorrência. Como regra geral, também em relação às condições de punibilidade e causas de exclusão de punibilidade aplica-se o in dubio pro reo. Somente nos casos em que se trate de causa de extinção da punibilidade que se verifique após o trânsito em julgado, tal princípio não terá aplicação. Todavia, mesmo nestes casos, a dúvida deve ser resolvida segundo a regra geral do favor rei, que inspira todo o processo penal.
No caso de dúvida sobre elementos relevantes para a dosimetria da pena, sejam dados que levem a uma majoração da reprimenda, sejam fatores que impliquem diminuição da sanção penal, o juiz deve aplicar o in dubio pro reo.

> *O álibi não é uma exceção material ou alegação de fato impeditivo do direito de punir, mas sim uma forma indireta de negar a autoria do fato constitutivo do direito de punir. A dúvida quanto à sua ocorrência deve beneficiar o acusado, que não tem o ônus de prová-lo. O acusado tem o interesse, mas não o ônus, de provar o álibi. Exigir-lhe prova plena do álibi, como condição para se afastar a sentença condenatória, é violar a presunção de inocência."*

O professor Afrânio Silva Jardim, na sua obra já referida 'Direito Processual Penal', correlaciona os artigos 156 e 41 do Código de Processo Penal, com o princípio do *in dubio pro reo*, construindo o seguinte raciocínio (pp. 209-210 e 212, em especial):

> *"Como a problemática sobre o ônus da prova somente se apresente nas hipóteses do chamado 'fato incerto', fixemo-nos em apenas examinar como deve decidir o Juiz para acolher ou não o pedido de condenação formulado na peça inaugural do processo, diante de dúvida irremovível sobre fato relevante para o julgamento da pretensão do autor. (...)*
>
> *Não nos parece correto dizer que a acusação penal limita-se á descrição de um fato típico e ao pedido de condenação. O art. 41 do Código de Processo Penal exige que a denúncia ou queixa contenha 'a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias', razão pela qual três hipóteses podem ocorrer:*
>
> *a) o autor, ao narrar os fatos circundantes da ação principal atribuída ao réu, faz uma imputação de conduta "criminosa", como quer a lei, ou seja, tipicidade, ilicitude e culpabilidade. A acusação é apta.*
>
> *b) o autor narra tão-somente a conduta principal, sem descrever suas circunstâncias, que permitiriam examinar, em tese, a sua ilicitude e culpabilidade. Neste caso, a peça acusatória deverá ser rejeitada por vício formal (inépcia), nos termos do art. 41, c/c art. 564, inciso IV, todos do Código de Processo Penal.*
>
> *c) o autor, ao narrar as circunstâncias da conduta típica, como lhe impõe o art. 41, acaba por atribuir ao réu uma ação lícita ou não reprovável e, neste caso, a peça acusatória não deve também ser recebida, nos termos do art. 43, inc. I, do citado diploma processual.*
>
> *(...) Desta maneira, sustentamos enfaticamente que a acusação penal deve 'alegar' (rectius, atribuir ao réu) não só um fato típico, mas também a sua ilicitude e reprovabilidade. A tipicidade é tomada aqui tanto no seu aspecto objetivo como subjetivo (dolo).*
>
> *Assim, a dúvida irremovível sobre estes fatos alegados pela acusação leva á absolvição do reú, nos termos da primeira parte do art. 156 do Código de Processo Penal, vale dizer, restaura-se o princípio do in dubio pro reo em toda a sua plenitude, sem ferir a letra da lei, mas interpretando o sistema positivo. Aliás, isto é o que está expresso no*

> *art. 386, inc. VI, por muitos esquecidos no tratamento do ônus da prova penal.*
> *(...) E o réu, nada teria que alegar e provar no processo penal? A resposta é que, na realidade, não tem a defesa tais ônus para lograr a absolvição autorizada pelo inciso VI do art. 386 do Código de Processo Penal. O réu apenas nega os fatos alegados pela acusação. Ou melhor, apenas tem a faculdade de negá-los, pois a não impugnação destes ou mesmo a confissão não leva a presumi-los como verdadeiros, continuando eles como objeto de prova para a acusação. Em poucas palavras:a dúvida sobre os chamados 'fatos da acusação' leva á improcedência da pretensão punitiva, independentemente do comportamento processual do reú."*

A dificuldade que se nos apresenta em face do raciocínio exposto é de que a narrativa do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, parece-nos significar as circunstâncias essenciais para a condenação, que serão somadas às circunstâncias genéricas, conforme já explicitado. A configuração dos elementos típicos indiciam a ilicitude. A regra será a conduta típica ser ilícita, tanto que a licitude resta demonstrável em face da perfectibilização de hipóteses concretas previstas legalmente (estado de necessidade, legítima defesa, exercício regular de direito e estrito cumprimento de dever legal). De igual forma, em regra, ao autor do crime é possível atribuir a sanção criminal em face de sua culpabilidade. (tanto que, no direito vigente, ser imputável significa não ser menor de dezoito anos, não ter cometido o delito em virtude de perturbação da saúde mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado hábil a não permitir sua compreensão do caráter ilícito do crime ou sua determinação de acordo com este entendimento, não estar em estado de embriaguez completa, nos termos do artigo 28, § 1.º do Código Penal, etc.).

Assim sendo, não nos parece exigível, ou mesmo correto, que a acusação seja formulada em termos de que o agente x praticou o fato y, nas seguintes circunstâncias (dados positivos), sem estar em legítima defesa, sem estar em estado de necessidade, sem estar embriagado completamente por ato involuntário seu, etc. (elementos negativos obtidos pelo afastamento das condições genéricas presentes, em regra, no injusto culpável).

Ao mesmo tempo, afirmar-se que a ilicitude ou culpabilidade são identificáveis, em tese, a partir das circunstâncias do fato, parece-nos significar, em verdade, que na narrativa dos elementos subjetivos, normativos e objetivos do tipo penal, depreender-se-á (não presumir-se-á) um agir ilícito e culpável, que é o que entendemos. Se assim o for, resta sustentável a diferenciação entre fatos constitutivos, impeditivos, modificativos e extintivos do delito e a conseqüente repartição do ônus probatório em função dos mesmos.

Também ousamos discordar da conclusão do insigne professor, acolhida também por Gustavo Badaró, no sentido de que no processo penal acusatório moderno ao réu basta tão-somente opor-se à pretensão do autor (ou nem isso), através de pura negativa dos fatos da acusação ou através de negativa qualificada por afirmação de fatos excludentes daqueles que

lhe são imputados na peça acusatório, sem ter qualquer ônus de produzir provas quanto as suas alegações. A insurgência será objeto de nossas reflexões finais.

VII REFLEXÕES FINAIS.

Embora haja diferença ontológica, há necessária correlação lógica entre certeza e verdade. Sendo a certeza um estado de espírito acerca do conhecimento sobre um fato, ele é norteado pela convicção de que o acertamento foi realizado da forma mais ampla, mais crível e verídica possível.

Outrossim, não podemos negar que a obtenção da certeza é efetivada, em termos metodológicos, através da análise probabilística dos elementos de prova disponíveis. Não se trata de meia certeza ou certeza plena, mas sim de que, diante da coerência das provas obtidas, o julgador será convencido da maior ou menor probabilidade de ocorrência do evento, o que suscita: **a) a ignorância sobre o fato:** não há elementos que permitam o seu questionamento ou análise; **b) a possibilidade, em termos genéricos, de ocorrência do fato:** trata-se de critério amplo, norteado pelas hipóteses aventadas pelas partes, hábeis a serem afastadas apenas quando tangem o absurdo; **c) a verossimilhança ou probabilidade de ocorrência do evento:** há elementos idôneos a identificar uma determinada configuração para os fatos em debate, embora de forma questionável, sujeita a dúvidas (normalmente é o tipo de conjunto probatório necessário para o deferimento de medidas cautelares); **d) o altíssimo grau de probabilidade de ocorrência do evento:** o espírito humano fica com a sensação de 'certeza' sobre o ocorrido, não havendo pontos relevantes de questionamento em sua mente.

O processo acima descrito é condizente com a lógica prática na atribuição do caráter de falso, possível, plausível ou verdadeiro a um enunciado, bem como com as normas jurídicas existentes para determinar o grau de segurança exigível na prolatação de uma decisão judicial.

A diferença entre fundamento, ponto e questão é bastante tormentosa. Para maior tutela da ampla defesa e do contraditório, há que se entender, em especial no processo penal, que todos os pontos que afetem a configuração do crime e sua punibilidade são questões que merecem apreciação, sejam controvertidas ou não.

Não obstante o princípio da comunhão das provas e a possibilidade de atuação supletiva do magistrado na atividade probatória, o ônus subjetivo, entendido como a faculdade das partes provarem os fatos de seu interesse, continua sendo extremamente relevante, inclusive para o processo penal. A distribuição do ônus da prova pelas partes atende a critérios de eqüidade, quais sejam: a) proximidade com a fonte ou o meio de prova; b) normalidade do decorrer dos eventos a serem apreciados, a fim de que não ocorra uma oneração não razoável da atividade probatória de uma das partes, com o conseqüente aviltamento do seu interesse; c) posição da parte relativamente ao efeito jurídico que pretende conseguir (teoria de Micheli); d) maior facilidade probatória relativamente aos fatos positivos propriamente ditos, do que no tocante aos fatos negativos, mesmo que se reconheça a

possibilidade de demonstração dos fatos negativos através de fatos positivos que lhe sejam contrários.

Poderia ser destacado, ainda, o tratamento processual igualitário das partes, a ser desenvolvido mediante o debate e atuação contraditória no processo. Até porque, no limite, a desigualdade absoluta de tratamento implica em vedação ao efetivo acesso à justiça, direito fundamental também garantido por nossa Constituição Federal.

A noção de normalidade/anormalidade, regra/exceção está na base da diferenciação entre os fatos constitutivos, impeditivos, modificativos e extintivos de direitos. A distribuição do ônus probatório a partir de tal critério atende a noção de eqüidade e direcionamento racional da própria aplicação do princípio do *in dubio pro reo*.

Quem pretende demonstrar o fundamento de um direito terá de provar suas condições essenciais que, em regra, são eficazes para lhe dar origem (fatos constitutivos). Já as condições gerais de cada direito não precisam ser demonstradas pelo interessado, porque sua presença constitui a normalidade, a regra do evento analisado. Se o adversário invocar a ausência de condições gerais, que se caracterizam como impedimentos do direito (fatos impeditivos), ou a presença de fatos, posteriores ao evento inicial, hábeis a modificá-lo ou extingui-lo, a ele incumbirá prová-los.

As excludentes de ilicitude e culpabilidade são fatos impeditivos à acusação formulada na inicial.

A atribuição à defesa do ônus de prova acerca das excludentes funda-se nos seguintes princípios:

a) elas representam um afastamento da normalidade ou das condições genéricas de perfectibilização do evento, o que fundamenta serem tratadas como fatos impeditivos. Eles são, como já referido, a visualização, com sinal invertido, de uma condição genérica ou normal presente no fato jurídico.

b) a proximidade da prova, quando não a condição de sua realização adequada, será da defesa. Citando um exemplo clássico trazido por Damásio de Jesus, o bombeiro que deixa de atender a um incêndio de pequenas proporções para atender a outro de maior gravidade deve demonstrar, para que se perfectibilize o estado de necessidade, a existência do segundo incêndio e sua gravidade maior, uma vez que são dados do seu conhecimento, conforme alegado, e hábeis a serem pelo mesmo demonstrados;

c) a posição de interesse processual na alegação. O acusado, assim como tem o direito de mentir, tem direito a alegar tudo que lhe seja conveniente, tornando-se necessário exigir-lhe uma parcela de empenho na produção probatória quanto aos elementos que determinem o afastamento, por fatos impeditivos, da acusação formulada.

No tocante às causas extintivas de punibilidade, conforme sua natureza, o ônus probatório pode ser do Ministério Público (por exemplo, prescrição, decadência, retratação da representação) ou da defesa (por exemplo, graça, indulto, anistia, perdão judicial). Os princípios gerais a serem seguidos são os da proximidade da prova e necessidade ou não da mesma para o exercício regular da ação penal.

Quanto à dosimetria da pena, que obviamente não afeta mais a configuração do delito, mas tão-somente o montante da penalisação a ser imposta, a repartição do ônus da prova entre acusação (circunstâncias agravantes e majorantes) e defesa (circunstâncias atenuantes e minorantes) não se baseia mais na normalidade dos fatos a serem apreciados (dentro de uma idéia de regra e exceção). Funda-se nas noções de proximidade com a prova e de interesse processual.

O conhecimento do álibi e de suas circunstâncias é do réu. No caso, soma-se às teorias da normalidade, da proximidade das provas, do interesse jurídico, ainda a questão da novidade quanto à matéria de álibi, uma vez que a forma supostamente diversa pela qual o fato teria ocorrido ou os elementos disponíveis a demonstrarem a inveracidade da tese acusatória são de conhecimento e possuídos pela defesa. Se a defesa alega uma circunstância ou prova específica que a favorece, deve demonstrá-la.

No entanto, o ônus subjetivo do acusado no processo penal refere-se à demonstração da verossimilhança ou probabilidade da existência de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos da acusação formulada, nos termos exigidos no processo cautelar. A prova da verossimilhança acarreta-lhe o atendimento de sua pretensão à absolvição, tendo em vista que a ausência de certeza quanto ao crime, no seu conjunto, conduz a absolvição, em atenção ao princípio do *in dubio pro reo*.

A simples alegação de fatos que são favoráveis à defesa (os quais encontram-se no plano da possibilidade, sempre que não sejam absurdos), sem lastro probatório mínimo a infirmar os elementos trazidos aos autos na denúncia (que já supõe demonstração da materialidade delitiva e indícios suficientes da autoria), gera a condenação do acusado.

A conjugação do ônus subjetivo da defesa quanto à demonstração da verossimilhança na ocorrência de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos da acusação formulada, com a regra de julgamento referente ao favorecimento do acusado em caso de dúvida efetiva (carreada pela insuficiência das provas trazidas pela acusação quanto à configuração do fato típico e sua autoria, ou precariedade dos elementos de prova juntados pela defesa), significa tanto a adoção de um processo que privilegia a liberdade em face da segurança coletiva, como também que não seja absolutamente inócuo à preservação dos demais valores constitucionais e jurídicos, referentes à paz pública, vida e liberdade dos indivíduos em geral e particularmente considerados.

Os princípios do acesso à justiça, contraditório e ampla defesa, ao se colmatarem com o importantíssimo princípio da presunção de inocência, autorizam, pensamos, a construção defendida no presente trabalho.

VIII REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

ARANHA, Adalberto José Q.T. de Camargo. *Da Prova no Processo Penal.* 3. Edição. São Paulo: Saraiva, 1994.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Curso de Processo Civil.* 3. Edição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996, v. 1 (Processo de Conhecimento).

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo.* 10. Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

FARIA, Bento de. *Código de Processo Penal.* 2. Edição. Rio de Janeiro: Record Editora, 1960, v. 1- arts. 1 a 250.

GRECO, Leonardo. A Prova no Processo Civil, do Código de 1973 ao novo Código Civil. *In:* _____. *Estudos de Direito Processual*, Campos dos Goytacazes: Editora Faculdade de Direito de Campos, 2005, pp. 357-92.

GRECO, Leonardo. O conceito de prova. *In* MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). *Estudos de Direito Processual Civil*: Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, pp. 366-403.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 3. Edição. São Paulo: Saraiva, 1995.
JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. 11. Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

JESUS, Damásio E. de, *Direito Penal*. 11. Edição. São Paulo: Saraiva, 1986, v. 1- Parte Geral.

LOPES, João Batista. *O Ônus da Prova no Processo Penal. In* Revista de Processo, São Paulo: RT, julho-dezembro de 1978, n.s 11-12, pp. 147-153.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A Lógica das Provas em Matéria Criminal*. Tradução de Alexandre Augusto Correia e anotações de Hélio Pereira Bicudo. São Paulo: Editora Saraiva, 1960. v. 1.

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

MATTOS E SILVA, Bruno. *Prequestionamento, Recurso Especial e Recurso Extraordinário.* Disponível em: <www.brunosilva.adv.br/prequestionamento/argumento.htm> Acesso em 31 de julho de 2007.

MESSIAS, Irajá Pereira. *Da Prova Penal*. 3. Edição. Campinas: Impactus Editora, 2006.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de Processo Penal Interpretado*. 6. Edição, São Paulo: Atlas, 1999.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Processo Civil e Direito à Preservação da Intimidade. *In: Temas de Direito Processual*, Segunda Série, 2. Edição, São Paulo: Saraiva, 1988, pp. 3-20.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal.* 5. edição. São Paulo: Saraiva, 1994.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Curso de Processo Penal.* 27. Edição. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 3.

XVIII. MONOGRAFIA DE CONCLUSÃO DE DISCIPLINA TEORIA GERAL DO PROCESSO DO MESTRADO EM DIREITO PROCESSUAL DA UERJ.
TÍTULO: **EM DEFESA DA VALIDADE E EFICÁCIA DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA**
MESTRANDO: Gustavo Fontes Valente Salgueiro.



Universidade do Estado do Rio de Janeiro
Centro de Ciências Sociais
Faculdade de Direito

Teoria Geral do Processo

Professor Leonardo Greco

EM DEFESA DA VALIDADE E EFICÁCIA
DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA

GUSTAVO FONTES VALENTE SALGUEIRO

RIO DE JANEIRO
2007

REVISTA ELETRÔNICA DE DIREITO PROCESSUAL
www.revistaprocessual.com
1ª Edição – Outubro/Dezembro de 2007

EM DEFESA DA VALIDADE E EFICÁCIA DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA

Introdução

A arbitragem[1] é um método alternativo de solução de controvérsias por meio do qual pessoas capazes de contratar voluntariamente nomeiam, através de uma convenção privada, um ou mais árbitros de sua confiança para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis, sendo a decisão arbitral vinculante[2] para elas e destinada a adquirir a mesma eficácia de uma sentença judicial.

Passados mais de dez anos de vigência da Lei nº 9.307/96, o presente trabalho propõe-se a revisitar os fundamentos constantes do julgamento do Agravo Regimental na Sentença Estrangeira nº 5.206-7, Reino da Espanha, quando o Supremo Tribunal Federal apreciou incidentalmente a constitucionalidade de diversos dispositivos da lei em face da garantia da inafastabilidade da tutela jurisdicional insculpida no art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal.

No primeiro capítulo, irá se traçar um breve histórico da evolução deste princípio nas sucessivas Constituições brasileiras, buscando delimitar, de forma sucinta, seus contornos básicos.

---

[1] CARLOS ALBERTO CARMONA conceitua arbitragem como sendo o "meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial – é colocada à disposição de quem quer que seja, para solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais acerca dos quais os litigantes possam dispor. Trata-se de mecanismo privado de solução de litígios, através do qual um terceiro, escolhido pelos litigantes, impõe sua decisão, que deverá ser cumprida pelas partes. Essa característica impositiva da solução arbitral (meio heterocompositivo de solução de controvérsias) a distancia da mediação e da conciliação, que são meios autocompositivos de solução de litígios, de tal sorte que não existirá decisão a ser imposta às partes pelo mediador ou pelo conciliador, que sempre estarão limitados à mera sugestão (que não vincula as partes)." (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo*: um comentário à Lei nº 9.307/96. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2004, p. 51 *e seg.*)

[2] RISKIN, Leonard L. e WESTBROOK, James L. *Dispute Resolution and Lawyers*. Estados Unidos da America: West Group, p. 3.

No segundo capítulo, serão expostas algumas das razões que contribuíram para a retomada do interesse pelos métodos alternativos de solução de conflitos, especialmente da arbitragem, nos Estados Unidos e no Brasil.

Em seguida, serão descritas as características da arbitragem, no Brasil, antes e depois do advento da Lei nº 9.307/96 e, no capítulo subseqüente, se fará uma síntese do julgamento do Agravo Regimental na Sentença Estrangeira nº 5.206-7, privilegiando-se a exposição dos fundamentos do voto do eminente ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, que declarava a inconstitucionalidade de alguns dos dispositivos da Lei de Arbitragem.

No quinto capítulo, cerne deste trabalho, serão refutados os argumentos levantados contra a constitucionalidade dos dispositivos da Lei de Arbitragem questionados, para tentar demonstrar que a lei não viola o direito de ação assegurado no art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal.

Por fim, a conclusão.

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional como postulado democrático

O Direito é um fenômeno social, em constante evolução e adaptação às mudanças verificadas na sociedade, ora sendo condicionado por elas, ora influenciando tais mudanças. Como outros princípios hoje consagrados nos ordenamentos jurídicos modernos, o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, também referido como princípio do direito de ação[3] ou princípio do acesso à Justiça, foi gradativamente ganhando conteúdo e forma nos países das famílias da *common law* e *civil law* ao longo do tempo.

[3] Conforme leciona LEONARDO GRECO, para quem um dos possíveis sentidos para o conceito de *ação* é justamente o direito à jurisdição, "ação é o direito à prestação jurisdicional sobre o direito material ou, num conceito mais completo, o direito subjetivo público, autônomo e abstrato, de exigir do Estado a prestação jurisdicional sobre uma demanda de direito material. A existência da ação como direito à jurisdição nasce da afirmação de um direito material que preencha as chamadas condições da ação. Não é todo aquele que postula em juízo, que propõe uma demanda, que pratica o ato inicial de impulso processual, que exerce os direitos, deveres e ônus de um processo justo, que se apresenta como titular desse direito de ação e que, portanto, poderá exigir do Estado o exercício da jurisdição sobre o seu direito ao bem da vida pleiteado. As condições da ação vão determinar a possibilidade de alcançar esse resultado." (*A Teoria da Ação no Processo Civil*, São Paulo: Dialética, 2003, p. 12-13).

Na história contemporânea mais recente, tem especial relevância a Declaração Universal dos Direitos do Homem, promulgada pela Organização das Nações Unidas em 1948, que estabelece em seu art. 8º que *"todo homem tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela Constituição ou pela lei"*.[4]

No Brasil, a questão da constitucionalidade da arbitragem adquire importância a partir de 1946, quando a Constituição então promulgada passou a consagrar, expressamente, o direito à jurisdição em seu art. 141, § 4º, segundo o qual *"a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual."* Esta previsão seria repetida, *ipsis litteris*, no art. 150, § 4º, da Constituição Federal de 1967, e nas Cartas subseqüentes, ora com maior, ora com menor amplitude.

Nos anos de ditadura militar a garantia de inafastabilidade da prestação jurisdicional sofreu grave abalo, por força do Ato Institucional nº 5/68, que em seu art. 11 estabelecia que *"excluem-se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato institucional e seus Atos Complementares, bem como os respectivos efeitos."* A Emenda Constitucional nº 1, de 1969, representou um ataque ainda maior à garantia do acesso à Justiça. Isso porque, embora tenha mantido a redação original do § 4º do art. 150 da Constituição de 1967, então renumerado para art. 153, ela expressamente excluiu da apreciação judicial os atos praticados pelo Governo Federal com base nos atos institucionais e nos atos complementares e seus efeitos, assim como as normas expedidas com fundamento nestes mesmos atos normativos (art. 181 da CF/67, com a redação dada pela EC 1/69). Posteriormente, a Emenda Constitucional nº 7, de 1977, deu nova redação ao § 4º do art. 153 da Constituição de 1967, quando então se passou a admitir, com fundamento constitucional, o prévio exaurimento das instâncias administrativas como condição de acesso ao Poder Judiciário.[5]

---

[4] DOLINGER, Jacob e TIBURCIO, Carmen. *Vade-mécum de Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 227.

[5] "§ 4º. A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual. O ingresso em juízo poderá ser condicionado a que se exauram previamente as vias administrativas, desde que não exigida garantia de instância, nem ultrapassado o prazo de cento e oitenta dias para a decisão sobre o pedido."

Retomado o regime democrático com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a garantia da tutela jurisdicional efetiva foi positivada no art. 5º, inc. XXXV, da Carta da República. Inserido no capítulo relativo aos direitos e deveres individuais e coletivos, o dispositivo constitucional em questão assegura que *"a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito"*.

É perceptível a preocupação do constituinte de 1988 de não limitar a garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional à tutela individual, de modo que não só eliminou a menção existente nas Constituições anteriores a *"lesão de direito individual"*, como também a inseriu no capítulo relativo aos *"direitos e deveres individuais e coletivos"*, garantia esta que nas Constituições anteriores estava contida no capítulo dos *"direitos e garantias individuais"*. Além disso, pretendeu o constituinte de 1988 reforçar a tutela jurisdicional preventiva, ao prever a possibilidade de se reclamar proteção contra mera ameaça a direito, cuja violação ainda não se consumou.

É relevante ressaltar, ainda, que nos termos do § 1º do art. 5º da Constituição Federal *"as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata"*, de modo que a falta de norma infraconstitucional que regule o gozo ou exercício de direitos ou garantias fundamentais não pode servir de pretexto para a sua denegação.

Embora o destinatário principal da garantia prevista no art. 5º, inc. XXXV, da Carta da República seja o legislador, é inegável que o comando constitucional dirige-se ao Estado genericamente considerado, assegurando para todos, indistintamente, o direito genérico de deduzir qualquer pretensão em Juízo (isto é, o direito de demandar), ainda que esta hipotética pretensão não mereça a tutela jurisdicional pretendida, segundo as regras de direito material aplicáveis ao caso concreto, e venha a ser repelida.

Mas, conforme ressalta LEONARDO GRECO, a garantia do acesso à Justiça não se limita apenas ao direito de demandar, pois engloba também o direito de defesa daquele que é demandado. Em estudo específico sobre as garantias inerentes ao processo justo, o professor sintetizou os contornos do princípio do acesso à Justiça nos seguintes termos:

> Todas as pessoas naturais e jurídicas, independentemente de qualquer condição, têm o direito de dirigir-se ao Poder Judiciário e deste receber resposta sobre qualquer pretensão. Este é um direito que todos devem ter a

> possibilidade concreta de exercer, para a tutela de qualquer direito ou posição de vantagem, inclusive os de natureza coletiva ou difusa, tanto nas relações entre particulares como naquelas entre particular e o Estado, pois sem ela perdem os cidadãos a possibilidade de viverem em sociedade sob o império da lei. O art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem de 1789 já estabelecia, com acerto, que 'toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada (...) não tem Constituição.' Segundo JAVIER BARNES VASQUEZ, a garantia da tutela jurisdicional efetiva não é mais do que a conseqüência necessária da própria noção de Estado de Direito e da proscrição da auto-tutela. A consagração desse direito em face do poder público é freqüentemente apontada como a forma mais genuína e importante desse direito. A garantia do acesso à Justiça não se esgota no direito de provocar o exercício da função jurisdicional, mas abrange também o direito de defesa, ou seja, o direito de ser ouvido e de influir eficazmente na atividade jurisdicional por parte daquele em face do qual foi ela desencadeada. [6]

Em conclusão, pode-se afirmar que, ao tipificar como crime o exercício arbitrário das próprias razões no art. 345 do Código Penal,[7] o Estado brasileiro não só veda a auto-tutela, cujo exercício somente é admitido em situações excepcionalíssimas, como também (e principalmente) avoca para si o monopólio[8] da função jurisdicional. Por outro lado, ao auto-

---

[6] GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do Processo: o Processo Justo. In: *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 229.

[7] O Código Penal tipifica o crime de exercício arbitrário das próprias razões nos seguintes termos:
"Art. 345 - Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite:
Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa, além da pena correspondente à violência.
Parágrafo único - Se não há emprego de violência, somente se procede mediante queixa."

[8] Na verdade, muitos autores de peso entendem que também a arbitragem possui um caráter jurisdicional, de modo que, para estes autores, não seria correto afirmar-se que a jurisdição é um monopólio do Estado. Mas a questão está longe de ser pacífica, havendo quem negue qualquer cunho jurisdicional à atividade desenvolvida pelo árbitro, quem reconheça este atributo e, ainda, em uma posição intermediária, quem identifique a arbitragem com uma atividade parajurisdicional. Para EROS ROBERTO GRAU (Arbitragem e contrato administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, nº 32, p. 14, out./dez. 2000), TEORI ALBINO ZAVASCKI (*Comentários ao CPC*, 2ª ed., RT, 2003, vol. 8, p. 165-185) e ALEXANDRE FREITAS CÂMARA (*Arbitragem*: Lei n° 9.307/96. 4ª ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005, p. 14), a jurisdição é um monopólio do Estado e, por este motivo, a arbitragem não tem natureza jurisdicional. Já para CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, as funções exercidas pelo árbitro teriam uma natureza parajurisdicional (Limites da sentença arbitral e de seu controle jurisdicional. In: *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 28*).* Entre os autores que atribuem caráter jurisdicional à arbitragem, estão JOSÉ EDUARDO CARREIRA ALVIM (*Direito Arbitral*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 46), JOEL DIAS FIGUEIRA JÚNIOR (*Arbitragem, jurisdição e execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2ª ed., 1999, p. 152-153), ATHOS GUSMÃO CARNEIRO (Arbitragem. Cláusula Compromissória. Cognição e *imperium*. Medidas cautelares e antecipatórias. Civil Law e common law. Incompetência da Justiça estatal. *Revista Forense,* Rio de Janeiro, vol. 375, p. 235-245, set./out. 2004), NELSON NERY JUNIOR (*Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, 5ª ed. rev. e ampl. São Paulo:

proclamar-se um Estado Democrático de Direito, o Estado brasileiro assume o dever e o ônus de proporcionar a todos a inafastabilidade da tutela jurisdicional efetiva ou, em outras palavras, o mais amplo acesso à Justiça.

Este trabalho pretende analisar se o fato da existir cláusula compromissória em um determinado contrato afastar a jurisdição estatal, na hipótese de qualquer dos contratantes pretender valer-se da via da arbitragem para solução de conflito decorrente do contrato, viola a garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional, atualmente prevista no art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal.

O "ressurgimento" da arbitragem e dos demais métodos alternativos

A arbitragem é um dos mais antigos institutos jurídicos de que se tem notícia, *"utilizada pelos povos desde a mais remota antiguidade, quando a desconfiança recíproca e as diferenças de raça e religião tornavam precárias as relações entre os povos",*[9] cujas origens remontam à Grécia antiga. Por sua vez, a conciliação e a mediação são técnicas de solução de controvérsias tão antigas quanto a humanidade.

A despeito de sua origem milenar, em muitos países das famílias da *common law* e da *civil law* a retomada do interesse pelos métodos alternativos de solução de litígios é um fenômeno relativamente recente.

Nesse sentido, em 1978, no relatório geral da seminal obra Acesso à Justiça, MAURO CAPPELLETTI e BRYANT GARTH identificaram a tendência, sobretudo nos países ocidentais, que possuem menor tradição no emprego da conciliação, de utilização dos métodos alternativos de solução de controvérsias tradicionais – tais como a conciliação, a mediação e a arbitragem, entre outros – como forma de contornar os obstáculos processuais

---

Revista dos Tribunais, 1999, p. 72 *et seq*), SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA (A arbitragem no sistema jurídico brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 735, p. 47, jan. 1997.), CARLOS ALBERTO CARMONA (*Arbitragem e Processo*: um comentário à Lei nº 9.307/96. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2004, p. 45) e HUMBERTO THEODORO JÚNIOR (A arbitragem como meio de solução de controvérsias. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, vol. 353, p. 112 *e seg.*, jan./fev. 2001).

[9] MARTINS, Pedro A. Batista. Arbitragem através dos tempos: obstáculos e preconceitos à sua implementação no Brasil. In: *A Arbitragem na Era da Globalização*. Rio de Janeiro: Forense, p. 35.

que dificultavam o acesso à Justiça naqueles países. A esta tendência os autores chamaram "terceira onda renovatória" do movimento de acesso à Justiça, caracterizada pela adoção de um novo e mais abrangente enfoque do conceito de acesso à Justiça e pela criação de novos instrumentos tendentes a assegurá-lo.[10]

No referido relatório, os autores inicialmente ressaltaram a então recente reforma do Código de Processo Civil francês, que passou a admitir a atuação de juízes como "árbitros amigáveis" em causas relativas a direitos disponíveis. Em seguida, relataram que os tribunais de alguns Estados norte-americanos (os exemplos citados foram Califórnia e Pensilvânia) instituíram procedimentos arbitrais para-judiciais compulsórios para determinados tipos de litígios (as chamadas *court-annexed arbitrations*), cujo resultado não era vinculante para as partes. Embora o direito constitucional das partes ao julgamento do litígio por um júri fosse resguardado, a legislação daqueles Estados estabelecia obstáculos e penalidades econômicos para o litigante que, insatisfeito com o resultado da arbitragem, viesse a requerer aos órgãos judiciais um novo julgamento e não obtivesse uma decisão mais favorável.[11]

Cabe ressaltar, contudo, que os métodos alternativos a que aludiram CAPPELLETTI e GARTH em sua obra não se limitavam à conciliação, à mediação e à arbitragem, mas englobavam a adoção de outras técnicas, judiciais e extrajudiciais, como alternativas aos tipos tradicionais de procedimento.[12]

Posteriormente, em conferência ocorrida em julho de 1992, CAPPELLETTI voltou a esse tema e ressaltou que os métodos alternativos de solução de conflitos devem ser analisados sob uma ampla perspectiva, que considere os *"expedientes – judiciais ou não – que têm emergido como alternativas aos tipos ordinários, ou tradicionais, de*

[10] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, *passim*. Título original: *Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective. A General Report.*

[11] *Idem*, p. 82-83.

[12] *Idem*, p. 81 e seg.

procedimento",[13] tais como as *class actions* e os métodos de *discovery*, que permitem o acesso à informação em poder de litigantes potenciais.

Apesar de reconhecer que a conciliação, a mediação e a arbitragem não são propriamente técnicas *novas* de solução de conflitos, CAPPELLETTI pontificou que as sociedades contemporâneas descobriram *novas razões* para recorrer a tais técnicas.[14]

Segundo o eminente processualista, muitas sociedades contemporâneas descobriram que, de uma maneira geral, os métodos alternativos têm a potencialidade de ser menos dispendiosos e mais acessíveis, rápidos e informais do que os procedimentos judiciais típicos.[15] Mas não é só. Para CAPPELLETTI, em determinadas situações a chamada *justiça coexistencial* será capaz de produzir resultados qualitativamente melhores do que o processo judicial, sobretudo por permitir a atuação de pessoas com melhor conhecimento do ambiente subjacente ao conflito e da matéria a ele relacionada.

Além disso, nos casos em que a controvérsia emerge como uma questão pontual em uma relação de trato sucessivo em que a convivência das partes *após* o surgimento do conflito seja ou inevitável ou conveniente para elas (por exemplo, disputas entre vizinhos ou entre empresas que por anos atuaram como parceiras comerciais e assim pretendem permanecer), a justiça conciliatória tem maior aptidão de preservar a relação existente, pois trata o litígio como algo esporádico e, ao buscar soluções consensuais, evita que as partes se digladiem em um processo contencioso, em detrimento da relação existente entre elas.

---

[13] Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de Acesso à Justiça. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 74, p. 82-97, abr./jun. 1994.

[14] Nas palavras de CAPPELLETTI: "Essa idéia [o emprego dos métodos alternativos] decerto não é nova: a conciliação, a arbitragem, a mediação foram sempre elementos importantes em matéria de solução de conflitos. Entretanto, há um novo elemento consistente em que as sociedades modernas descobriram novas razões para preferir tais alternativas. É importante acentuar que essas novas razões incluem a própria essência do movimento de acesso à Justiça, a saber, o fato de que o processo judicial agora é, ou deveria ser, acessível a segmentos cada vez maiores da população, aliás, ao menos teoricamente, a toda a população. Esse é sem dúvida o preço do aceso à Justiça, o qual é o preço da própria democracia: um preço que as sociedades avançadas devem sentir-se dispostas a (e felizes em) pagar." (*Idem*, p. 74)

[15] *Idem*, p. 74.

OSCAR CHASE foi outro estudioso que se debruçou sobre as razões históricas para a retomada da utilização dos métodos alternativos de solução de conflitos, nomeadamente a mediação e a arbitragem, embora sua análise tenha se circunscrito ao contexto norte-americano. Para ele, o crescimento nos Estados Unidos do emprego da mediação e da arbitragem verificado nas três últimas décadas do século passado deveu-se a fatores *institucionais*, *políticos* e *culturais*.[16]

Como causa institucional, CHASE sustenta que o considerável incremento no número de processos nos tribunais representou um aumento de custos e também no tempo de julgamento, provocando insatisfação na sociedade norte-americana. Em resposta a esta realidade, o Congresso americano editou algumas leis favoráveis à utilização dos métodos alternativos e, paralelamente, os tribunais criaram procedimentos de mediação e arbitragem para-judiciais compulsórios no âmbito de suas jurisdições (as *court-annexed mediantions* e as *court-annexed arbitrations*).

Embora esta política judiciária tivesse por objetivo precípuo a diminuição do número de processos nos tribunais, segundo CHASE sua importância para o crescimento da utilização destes e de outros métodos alternativos de solução de controvérsias no contexto norte-americano é superestimada.[17] Para ele, fatores políticos e culturais que caracterizaram as últimas décadas do século XX contribuíram de forma mais decisiva para tanto.

O primeiro fator político consistiria no que CHASE chamou de *hyperlexis critique*, isto é, a crítica de uma parcela da elite norte-americana ao demandismo exacerbado, caracterizado pela busca da tutela jurisdicional em relação a direitos considerados por estes críticos como sendo menos relevantes. Para seus defensores, os tribunais americanos foram invadidos por pessoas e causas que simplesmente não deveriam estar lá, mas sim em outros fóruns de discussão.[18]

---

[16] CHASE, Oscar. The rise of ADR in Cultural Context. In: *Law, Culture and Ritual: dispute systems in cross-cultural context*. New York: New York University Press, p. 94-113.

[17] *Idem*, p. 104.

[18] *Idem*, p. 105 e seg.

Em oposição a esta corrente de pensamento, CHASE sustenta que na década de sessenta floresceu nos Estados Unidos o movimento da contracultura, para cujos adeptos a justiça representava mais uma manifestação do poder opressor do *establishment*. Para essa parcela da sociedade norte-americana, os métodos adjudicatórios da justiça tradicional eram inaceitáveis, pois ofendiam convicções intrinsecamente fundadas em valores comunitários, de modo que a conciliação e a mediação apresentavam-se para eles como métodos mais adequados para solução dos conflitos.[19]

Além destes dois fatores, CHASE menciona que as privatizações ocorridas em diferentes áreas do Estado norte-americano durante o governo do presidente Ronald Reagan e a predominância de uma certa mentalidade defensora da desregulamentação de setores da economia também contribuíram para a busca pelos métodos alternativos, pois eles representavam uma forma de as empresas resolverem suas controvérsias de forma privada, longe da barra do Judiciário.[20]

Finalmente, o autor sustenta que a perda do grau de certeza em muitos campos do conhecimento humano também acarretou uma maior procura pelos métodos conciliatórios. O fato de a própria ciência ter comprovado que muitas antigas "certezas científicas" estavam equivocadas deu origem a um ceticismo geral, o qual, transposto para o campo do Direito, provocou uma certa descrença nos métodos tradicionais, que para muitos simplesmente não seriam confiáveis. Por este motivo, para estas pessoas os métodos alternativos teriam uma maior legitimidade, justamente por buscarem uma solução consensual, ao contrário das técnicas adjudicatórias tradicionais, teleologicamente destinadas à declaração de qual litigante tem razão e qual não tem.[21]

No Brasil, por uma série de razões que fogem ao âmbito deste trabalho, os métodos alternativos de solução de conflitos nunca gozaram do prestígio de que desfrutam em países como os Estados Unidos. No que respeita à arbitragem, somente após o advento da Lei nº 9.307/96, que superou muitos dos obstáculos que dificultavam sua maior utilização no País (o

[19] *Idem*, p. 109 e seg.

[20] *Idem*, p. 111.

[21] *Idem*, p. 112 e seg.

que será analisado em seguida), ela passou a despertar maior interesse da sociedade, embora seu emprego como efetivo método alternativo ainda esteja muito aquém da realidade dos países desenvolvidos.

Talvez por este motivo, o anteprojeto de lei que viria a ser posteriormente convertido na Lei nº 9.307/96 tenha sido concebido não por setores governamentais, mas pela própria sociedade civil. Após o arquivamento dos três anteprojetos apresentados pelo Governo Federal, em 1991 o Instituto Liberal de Pernambuco lançou a *Operação Arbiter*, que tinha o propósito de retomar as discussões acerca do instituto e apresentar um novo anteprojeto de lei. Foi, então, constituída uma comissão relatora, composta por Selma Ferreira Lemes, Carlos Alberto Carmona e Pedro Batista Martins, que, após amplas discussões, elaborou o anteprojeto final, encampado pelo então senador Marco Maciel.

Em junho de 1992, o senador Marco Maciel apresentou ao Senado o projeto da nova lei de arbitragem, que ali recebeu o nº 78/92. Após mais de quatro anos tramitando nas duas casas legislativas, o projeto foi aprovado com algumas emendas e, em seguida, encaminhado para sanção presidencial, ocorrida em 23 de setembro de 1996. Sancionada, a Lei nº 9.307/96 foi publicada no Diário Oficial da União que circulou em 24 de setembro de 1996, mas, em razão do período de *vacatio legis* previsto em seu art. 43, ela somente entraria em vigor 60 dias após sua publicação.

Apesar de os métodos alternativos ainda não serem difundidos no Brasil como se gostaria, atualmente é inegável que, a exemplo do que CHASE informa ter ocorrido na sociedade norte-americana nas últimas décadas do século passado, o próprio Estado brasileiro defende, sobretudo através do Poder Judiciário, sua maior utilização pela sociedade.[22]

[22] A esse respeito, basta recordar a recente criação, pelo Conselho Nacional de Justiça, do "Movimento pela Conciliação", mobilização nacional que, em parceria com todos os tribunais, a Ordem dos Advogados do Brasil, o Conselho Nacional do Ministério Público e outras entidades, tem por propósito oficial difundir no país a cultura da conciliação como método de resolução de conflitos. Como parte deste movimento, em 08 de dezembro de 2006 ocorreu o primeiro Dia Nacional da Conciliação, quando os tribunais, em regime de mutirão, realizaram 83.987 audiências, com a obtenção de 46.493 acordos (dados obtidos no sítio do Conselho Nacional de Justiça, no endereço http://www.conciliar.cnj.gov.br/conciliar/arquivos/relatoriofinal.pdf. Consulta realizada em 14.08.07).

Embora os discursos oficiais corretamente ressaltem que em certos tipos de litígios os métodos alternativos devem ser preferidos por representarem uma maneira mais célere, adequada e menos dispendiosa de obter-se a pacificação desejada, é bastante nítida a preocupação por parte do Poder Judiciário em aliviar sua sobrecarga de trabalho, decorrente, em vastíssima medida, da pletora de processos em curso.[23]

Como é evidente, contudo, a preocupação com o descongestionamento do Poder Judiciário não pode justificar o recurso aos métodos alternativos de maneira dissociada dos resultados concretamente obtidos por sua utilização. Muito mais relevante do que este interesse meramente corporativista é o interesse social consistente na ampliação do acesso à Justiça por meio do uso de técnicas que, no caso concreto, possam ser mais adequadas do que a jurisdição estatal para pacificar, com justiça, o conflito surgido.

[23] Em artigo publicado nos principais jornais do País em 08.12.06, quando ocorreu o primeiro Dia Nacional da Conciliação, a Ministra Ellen Gracie, Presidente do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional da Justiça, em diversas passagens abordou a questão da eliminação de processos, embora tenha tido o cuidado de ressaltar que este era um objetivo apenas secundário: "Além de inovadora, a experiência promete ser, desde já, extremamente enriquecedora para ambos, usuários da Justiça e juízes. Os primeiros tomarão contato com a conciliação e poderão começar a desenvolver uma cultura favorável a acordos, que no Brasil ainda são incipientes: o índice atual de acordo nos processos judiciais oscila entre 30% e 35%, enquanto que em países que já adotaram a conciliação como forma alternativa de solução de conflitos passa dos 70%. E os juízes, ao desafogar o Judiciário daquelas causas mais simples resolvidas por consenso, terão uma rara e concreta oportunidade de dedicar mais tempo aos questionamentos complexos e de interesse nacional ou regional, por exemplo. Mas, para muito além do descongestionamento do Judiciário - viabilizado pela diminuição radical do tempo de tramitação e julgamento desses processos e, ainda, do próprio volume de processos, ao se evitar que eles sejam ajuizados -, o grande fruto da conciliação são os efeitos construtivos e transformadores que ela passa a gerar nas partes. A conciliação gera mudanças de atitude que habilitam os cidadãos a solucionar suas diferenças pela via amigável, deixando para o Judiciário apenas aqueles casos em que não possam fazê-lo, após qualificadas tentativas. Não queremos com isso apenas diminuir a quantidade do nosso trabalho, mas ajudar a construir uma sociedade melhor, que enfrente as controvérsias de uma maneira menos litigiosa, e que, para isso, possa contar com pessoas qualificadas para exercer a conciliação. Daí, também, a necessidade de investir no aprimoramento desse instituto, com o treinamento de pessoas aptas a desempenhar o papel de conciliadores. (...) A conciliação, assim, somada aos dois novos instrumentos jurídicos que o Congresso Nacional acaba de aprovar - a Súmula Vinculante, que evitará a chegada de milhares de processos repetitivos ao Supremo Tribunal Federal, e a Repercussão Geral, que permitirá aos ministros desta Corte selecionar as causas que ela deve julgar, sob o critério da relevância dos temas tratados - delimita um novo tempo para o Judiciário brasileiro. Um tempo de maior agilidade e efetividade, de diálogo e contato com o cidadão comum, de conscientização mútua do papel das partes na busca de uma cultura da paz." (Artigo disponível em http://www.stf.gov.br/noticias/imprensa/ultimas/ler.asp?CODIGO=217451&tip=UN&param=dia%20nacional%20conciliação. Consulta realizada em 14.08.07)

Feitas estas breves considerações acerca do "ressurgimento" dos métodos alternativos em algumas sociedades contemporâneas, passemos à análise das principais modificações na sistemática da arbitragem implementadas pela Lei nº 9.307.

A arbitragem antes e depois da Lei nº 9.307/96

Antes do advento da Lei nº 9.307/96, a arbitragem era disciplinada em nosso ordenamento jurídico, no plano interno, pelos arts. 1.037 a 1.048 do antigo Código Civil, que tratavam do compromisso arbitral, e pelos arts. 1.072 a 1.102, hoje revogados, do atual Código de Processo Civil, que disciplinavam o juízo arbitral.

O art. 1.072 do Código de Processo Civil, em sua antiga redação, estabelecia que *"as pessoas capazes de contratar poderão louvar-se, mediante compromisso escrito, em árbitros que lhes resolvam as pendências judiciais ou extrajudiciais de qualquer valor, concernentes a direitos patrimoniais, sobre os quais a lei admita transação."* Segundo a redação originária do art. 1.074 do estatuto processual, o compromisso arbitral, *"sob pena de nulidade"*, deveria indicar o árbitro ou tribunal arbitral escolhido para dirimi-lo, descrever *"o objeto do litígio, com todas as suas especificações, inclusivamente o seu valor"*, e, ainda, conter *"declaração de responsabilidade pelo pagamento dos honorários dos peritos e das despesas processuais"*.

Embora a cláusula compromissória não fosse disciplinada pelo direito interno brasileiro,[24] era comum em alguns contratos comerciais a previsão de solução de controvérsias pela via arbitral. A doutrina e a jurisprudência entendiam de forma amplamente majoritária que tal cláusula consistia em uma simples promessa de contratar (*pactum de compromittendo*), tendo a cláusula natureza jurídica de um contrato preliminar ao contrato definitivo, qual seja, o compromisso arbitral.

Como, por ocasião da celebração do contrato, dificilmente já haveria entre os contratantes um litígio que pudesse ter seu objeto delimitado na cláusula, era praticamente impossível que a cláusula (contrato preliminar) contivesse todos os requisitos do compromisso (contrato definitivo), o que levava a jurisprudência a declarar, de forma

[24] O Protocolo de Genebra de 1923, ratificado pelo Brasil e promulgado pelo Decreto nº 21.187/32, equiparava em seu art. 1º a cláusula compromissória ao compromisso arbitral.

pacífica, a impossibilidade de execução específica da cláusula compromissória na hipótese de um dos contratantes recusar-se a firmar o compromisso arbitral.[25]

Por outro lado, o art. 267, inc. VII, do Código de Processo Civil, em sua redação anterior à Lei de Arbitragem, previa a extinção do processo, sem julgamento de mérito, apenas na hipótese de existir compromisso arbitral, que deveria ser oportunamente alegado pelo réu na contestação (*exceptio ex compromisso*: art. 301, inc. IX, do CPC, em sua redação originária), de modo que a simples alegação da existência da cláusula em determinado contrato não tinha o condão de extinguir o processo e remeter as partes para a solução arbitral.

Disso resulta que a cláusula compromissória, *de per se*, não era suficiente para afastar a jurisdição estatal. Ainda que as partes contratantes convencionassem, em determinado contrato, que eventuais litígios dele decorrentes seriam dirimidos por um juízo arbitral, definissem as normas de direito material aplicáveis (ou optassem por um julgamento de eqüidade) e, no que respeita à escolha dos árbitros e às regras procedimentais, remetessem ao regulamento de determinado órgão arbitral institucional ou dispusessem sobre estes tópicos, de forma exaustiva, na própria cláusula, o juízo arbitral somente teria início se o outro contratante anuísse com sua instauração.

Diante da recusa da parte contrária em celebrar o compromisso ou de outra forma submeter-se ao juízo arbitral, a parte interessada na resolução pela via da arbitragem ficava forçosamente sujeita ao acertamento judicial do litígio, e o inadimplemento da cláusula compromissória poderia ensejar, quando muito, perdas e danos em favor desta.

Conforme bem sintetizou HUMBERTO THEODORO JÚNIOR,

> "Essa cláusula [compromissória] era tratada como simples promessa de contratar, cuja inobservância não autorizava execução específica e se resolvia em perdas e danos caso a parte, após o surgimento do litígio, não se dispusesse a firmar o contrato definitivo, que era o 'compromisso arbitral'. Descumprida a obrigação de formalizar o 'compromisso arbitral', portanto, não cabia ao juiz suprir a declaração de vontade sonegada, de sorte que a

[25] Sobre a impossibilidade de execução específica da cláusula compromissória antes da vigência da Lei nº 9.307/96, vide, por todos, BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Juízo arbitral. Cláusula compromissória: efeitos. In: *Temas de Direito Processual: 2ª série*. São Paulo: Saraiva, p. 192-210.

> falta de 'compromisso' se tornava barreira intransponível para o acesso ao procedimento arbitral."[26]

Nessas condições, o reconhecimento pela doutrina da constitucionalidade do juízo arbitral decorria essencialmente da voluntariedade do acordo (compromisso arbitral) por meio do qual as partes optavam submeter ao juízo arbitral a solução de determinado litígio existente, desde que relativo a direitos patrimoniais disponíveis, os quais, caso fosse do interesse das partes, poderiam ser equacionados por transação.

Ainda no plano interno, o art. 1.045 do Código Civil de 1916[27] e o art. 1.097 do Código de Processo Civil[28] previam a necessidade de homologação judicial do laudo arbitral para que ele produzisse os mesmos efeitos de uma sentença judicial e, no caso de impor uma condenação, pudesse ser executado.[29]

---

[26] THEODORO JÚNIOR, Humberto. Ob. cit. p. 111.

[27] "Art. 1.045. A sentença arbitral só se executará, depois de homologada, salvo se for proferida por juiz de primeira ou segunda instância, como arbitro nomeado pelas partes."

[28] "Art. 1.097. O laudo arbitral, depois de homologado, produz entre as partes e seus sucessores os mesmos efeitos da sentença judiciária; contento condenação da parte, a homologação lhe confere eficácia de título executivo (artigo 584, número III)."

[29] Para CARLOS ALBERTO CARMONA, esta exigência de homologação do laudo arbitral causava graves prejuízos à parte que se sagrasse vencedora na arbitragem: "Quanto à obrigatoriedade de homologação do laudo arbitral para que este passasse a produzir os mesmos efeitos da sentença estatal, alinhava-se o legislador (civil e processual) ao que havia de mais antigo e ultrapassado na matéria. Evidentemente, as partes, ao optarem pela solução arbitral, querem evitar toda e qualquer interferência do Poder Judiciário, mesmo que a posteriori. A necessidade de apresentar-se o laudo ao juiz togado para o exequatur retirava várias das vantagens do instituto: o segredo, que costuma cercar a arbitragem, desaparecia; o custo, que as partes querem ver reduzido, sofria acréscimo considerável; e, por fim, a celeridade, que deve caracterizar a arbitragem, ficava prejudicada, já que a morosidade do procedimento homologatório (sujeita que estava a sentença de primeiro grau ao recurso de apelação, aliado à possibilidade de recurso especial junto ao Superior Tribunal de Justiça, interponível sob a alegação de violação ao Código de Processo Civil) faria perdurar a demanda por alguns anos...". ("Quanto à obrigatoriedade de homologação do laudo arbitral para que este passasse a produzir os mesmos efeitos da sentença estatal, alinhava-se o legislador (civil e processual) ao que havia de mais antigo e ultrapassado na matéria. Evidentemente, as partes, ao optarem pela solução arbitral, querem evitar toda e qualquer interferência do Poder Judiciário, mesmo que a posteriori. A necessidade de apresentar-se o laudo ao juiz togado para o exequatur retirava várias das vantagens do instituto: o segredo, que costuma cercar a arbitragem, desaparecia; o custo, que as partes querem ver reduzido, sofria acréscimo considerável; e, por fim, a celeridade, que deve caracterizar a arbitragem, ficava prejudicada, já que a morosidade do procedimento homologatório (sujeita que estava a sentença de primeiro grau ao recurso de apelação, aliado à possibilidade de recurso especial junto ao Superior Tribunal de Justiça, interponível sob a alegação de violação ao Código de Processo Civil) faria

No plano internacional, a necessidade de dupla homologação dos laudos arbitrais estrangeiros[30] e a exigência de citação, por carta rogatória, da parte domiciliada no Brasil em arbitragem em curso no exterior criavam barreiras ao desenvolvimento das arbitragens internacionais privadas no País.

Somadas, estas características da disciplina da arbitragem anteriores à Lei nº 9.307/96 criavam verdadeiros entraves à utilização do instituto no Brasil, a ponto de autorizada doutrina afirmar, categoricamente, que ela "*não foi mais do que letra morta no direito positivo brasileiro, até data recente*".[31]

A Lei nº 9.307/96 introduziu relevantes modificações no ordenamento jurídico brasileiro na disciplina da arbitragem, superando os entraves legais que dificultavam sua maior utilização no País. Inicialmente, cabe ressaltar que o legislador optou por disciplinar a arbitragem em legislação específica, apartada do Código de Processo Civil, cujos arts. 1.072 a 1.102 foram revogados pela Lei nº 9.307/96, que também revogou os arts. 1.037 a 1.048 do Código Civil de 1916.

De forma semelhante ao que já estabelecia o art. 1.072 do Código de Processo Civil, a Lei de Arbitragem manteve, em seu art. 1º, a previsão de que somente *"as pessoas capazes de contratar"* (arbitrabilidade subjetiva) podem valer-se da arbitragem para dirimir *"litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis"* (arbitrabilidade objetiva).

---

perdurar a demanda por alguns anos..." (*Arbitragem e Processo*: um comentário à Lei nº 9.307/96. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2004, p. 23)

[30] Leciona CARMEN TIBÚRCIO que "coerentemente com o que ocorria com a arbitragem no plano interno, os laudos arbitrais estrangeiros, para produzirem efeitos no Brasil, deviam ser homologados judicialmente no país de origem. Este era o entendimento do STF, que exigia a dupla homologação dos laudos arbitrais estrangeiros para que tivessem eficácia no país. Este posicionamento prevalecia mesmo nos casos de laudos provenientes de Estado estrangeiro que não exigia tal providência, ou seja, mesmo que fossem exeqüíveis no país de origem, independentemente de homologação. O fundamento teórico de tal posição era o de que o laudo arbitral não se equiparava à sentença, e que somente as sentenças estrangeiras eram passíveis de homologação" (A arbitragem no Direito brasileiro. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, vol. 351, p. 54, jul./ago. 2000.)

[31] THEODORO JÚNIOR, Humberto. Ob. cit., p. 111.

A exemplo do que já previa o Protocolo de Genebra, ratificado pelo Brasil e promulgado pelo Decreto nº 21.187/32, o legislador optou por disciplinar expressamente a cláusula compromissória, dispondo o art. 3º da Lei de Arbitragem que *"as partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral."* Conforme se verifica, portanto, a cláusula compromissória e o compromisso arbitral são espécies do gênero *convenção de arbitragem*.

A seu turno, a cláusula compromissória e o compromisso arbitral são conceituados, respectivamente, pelos arts. 4º e 9º da Lei de Arbitragem, que dispõem:

> Art. 4º. A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.
>
> Art. 9º O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial.

Até aí nenhuma novidade, na medida em que a doutrina brasileira,[32] de forma razoavelmente uniforme, já conceituava em termos semelhantes a cláusula compromissória e o compromisso arbitral: aquela é a mera previsão contratual de recurso à arbitragem para resolução de eventuais litígios *futuros* decorrentes de um contrato ou a ele relacionados, enquanto este é o negócio jurídico por meio do qual as partes submetem um litígio *presente* à solução arbitral.

Inovou a Lei de Arbitragem, contudo, ao prever a possibilidade de execução específica da cláusula compromissória e, ainda, a ampliação do conteúdo da antiga *exceptio ex compromisso*, para admitir a possibilidade de extinção do processo, sem julgamento de mérito, tanto por força de compromisso, quanto por força de cláusula compromissória.

Pela nova sistemática, na hipótese de um contrato conter cláusula compromissória que por si só não seja suficiente para a instituição da arbitragem e, concomitantemente, a parte contrária recusar-se a firmar o compromisso arbitral ou, de outro modo, dar início à

[32] Conforme exposto por José Carlos Barbosa Moreira em Juízo arbitral. Cláusula compromissória: efeitos. In: *Temas de Direito Processual: 2ª série*. São Paulo: Saraiva, p. 193 e seg.

arbitragem, a parte interessada em fazer valer a cláusula compromissória terá à sua disposição ação de conhecimento destinada à prolação de sentença que valerá como compromisso arbitral, substituindo-o:

> Art. 6º Não havendo acordo prévio sobre a forma de instituir a arbitragem, a parte interessada manifestará à outra parte sua intenção de dar início à arbitragem, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, convocando-a para, em dia, hora e local certos, firmar o compromisso arbitral.
> Parágrafo único. Não comparecendo a parte convocada ou, comparecendo, recusar-se a firmar o compromisso arbitral, poderá a outra parte propor a demanda de que trata o art. 7º desta Lei, perante o órgão do Poder Judiciário a que, originariamente, tocaria o julgamento da causa.
>
> Art. 7º Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavrar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim.
> § 1º O autor indicará, com precisão, o objeto da arbitragem, instruindo o pedido com o documento que contiver a cláusula compromissória.
> § 2º Comparecendo as partes à audiência, o juiz tentará, previamente, a conciliação acerca do litígio. Não obtendo sucesso, tentará o juiz conduzir as partes à celebração, de comum acordo, do compromisso arbitral.
> § 3º Não concordando as partes sobre os termos do compromisso, decidirá o juiz, após ouvir o réu, sobre seu conteúdo, na própria audiência ou no prazo de dez dias, respeitadas as disposições da cláusula compromissória e atendendo ao disposto nos arts. 10 e 21, § 2º, desta Lei.
> § 4º Se a cláusula compromissória nada dispuser sobre a nomeação de árbitros, caberá ao juiz, ouvidas as partes, estatuir a respeito, podendo nomear árbitro único para a solução do litígio.
> § 5º A ausência do autor, sem justo motivo, à audiência designada para a lavratura do compromisso arbitral, importará a extinção do processo sem julgamento de mérito.
> § 6º Não comparecendo o réu à audiência, caberá ao juiz, ouvido o autor, estatuir a respeito do conteúdo do compromisso, nomeando árbitro único.
> § 7º A sentença que julgar procedente o pedido valerá como compromisso arbitral.

Cabe ressaltar, contudo, que o procedimento instituído pelo art. 7º somente será necessário nos casos em que a cláusula compromissória limitar-se a prever que qualquer litígio decorrente do contrato será dirimido pela via arbitral *tout court*, sem que as partes tenham chegado a um "*acordo prévio sobre a forma de instituir a arbitragem"*, nos termos do art. 6º da Lei nº 9.307/96.

Em outras palavras, a despeito das respeitabilíssimas opiniões em sentido contrário,[33] entendemos que a interpretação mais consentânea com a *mens legis* da Lei de Arbitragem é a de que o compromisso arbitral será dispensável para a instituição da arbitragem nas hipóteses previstas no art. 5º da Lei de Arbitragem, [34] segundo o qual

> Reportando-se as partes, na cláusula compromissória, às regras de algum órgão arbitral institucional ou entidade especializada, a arbitragem será instituída e processada de acordo com tais regras, podendo, igualmente, as partes estabelecer na própria cláusula, ou em outro documento, a forma convencionada para a instituição da arbitragem.

Segundo os autores que defendem esta posição, sempre que se estiver diante de uma cláusula desta natureza – as chamadas cláusulas compromissórias *cheias*, *plenas* ou *em preto*, em oposição às cláusulas *vazias, incompletas* ou *em branco*[35] – o compromisso será dispensável, podendo a arbitragem ser instituída desde já. Para esses autores, como de acordo com o art. 19 da Lei de Arbitragem *"considera-se instituída a arbitragem quando aceita a nomeação pelo árbitro, se for único, ou por todos, se forem vários"*, basta que as partes se reportem às regras de algum órgão arbitral institucional (*arbitragem institucional*), ou convencionem a forma de instituição da arbitragem (*arbitragem ad hoc*), para que ela possa ter início independentemente de compromisso.

Conforme ressalta CARLOS ALBERTO CARMONA,

> É preciso insistir que a arbitragem não tem – como parece a alguns – como pressuposto necessário o compromisso. A esta conclusão chegam apenas aqueles que não interpretam o art. 5º e o art. 19 da Lei, fixando-se tão-somente nos termos do art. 7º, que se refere a situação isolada e específica,

---

[33] THEODORO JÚNIOR, Humberto. Ob. cit. p. 112; CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Direito Arbitral*. Ob. cit., p. 181 e seg.; e TIBÚRCIO, Carmen. A arbitragem no Direito brasileiro. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, vol. 351, p. 58, jul./ago. 2000.

[34] Defendem esta posição CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Aspectos Processuais da nova lei de arbitragem. Separata de *Revista Forense*, Rio de Janeiro, vol. 339, p. 128-129; CARMONA, Carlos Alberto. Ob. cit., p. 88 e 133; MARTINS, Pedro A. Batista. O Poder Judiciário e a Arbitragem: Quatro anos da Lei 9.307/96: (4ª parte). *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, São Paulo, nº 13, p. 350-374, jul./ago. 2001; e GARCEZ, José Maria Rossani. Ob. cit., p. 130 e seg.

[35] Assim em CARMONA, Carlos Alberto. Ob. cit., p. 36 e 131-133, e GARCEZ, José Maria Rossani. Ob. cit., p. 130 e seg.

> qual seja, a execução específica de cláusula compromissória vazia (ou à execução de cláusula compromissória que não contenha mecanismo de atuação imediata para nomeação de árbitros). Fique claro, pois, que a intenção da Lei não foi outra senão a de adotar o mesmo mecanismo que já nos idos de 1932, com a promulgação, no Brasil, do Pacto de Genebra, integra o ordenamento jurídico pátrio, a saber, a arbitragem pode prescindir completamente do compromisso arbitral.[36]

Com efeito, se, ao estipularem cláusula compromissória, as partes pretendiam derrogar a jurisdição estatal para solução de eventual conflito decorrente do contrato, não é razoável, após a ocorrência do litígio, impor ao contratante interessado na solução pela via arbitral o ônus de propor uma ação judicial para obtenção de compromisso se a própria cláusula compromissória já contém os elementos necessários para instauração da arbitragem.

Em reforço a esta posição, estes autores invocam a possibilidade, prevista no parágrafo único do art. 19 da Lei nº 9.307/96, de o árbitro ou o tribunal arbitral, no curso da arbitragem, elaborar adendo à convenção de arbitragem, a fim de explicitar alguma questão disposta na convenção,[37] assim como a autorização concedida pelo § 1º do art. 21 da lei para que o árbitro ou o tribunal arbitral discipline o procedimento a ser seguido, na hipótese de as partes não o terem estipulado as regras procedimentais ou remetido ao regulamento de determinado órgão institucional.[38] Como é evidente, entretanto, para viabilizar o exercício destas faculdades e possibilitar a dispensa do compromisso no caso de a parte recalcitrante recusar-se a firmá-lo, é imprescindível que os contratantes, na cláusula compromissória, ou tenham nomeado árbitro(s) *ad hoc*, ou tenham previsto alguma forma válida para sua nomeação.

---

[36] Ob. cit., p. 88.

[37] "Art. 19. Considera-se instituída a arbitragem quando aceita a nomeação pelo árbitro, se for único, ou por todos, se forem vários.

Parágrafo único. Instituída a arbitragem e entendendo o árbitro ou o tribunal arbitral que há necessidade de explicitar alguma questão disposta na convenção de arbitragem, será elaborado, juntamente com as partes, um adendo, firmado por todos, que passará a fazer parte integrante da convenção de arbitragem."

[38] "Art. 21. A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento.

§ 1º Não havendo estipulação acerca do procedimento, caberá ao árbitro ou ao tribunal arbitral discipliná-lo."

Além da possibilidade de execução específica da cláusula compromissória, o art. 41 da Lei de Arbitragem deu novas redações aos arts. 267, inc. VII, e 301, inc. IX, do Código de Processo Civil, para substituir o vocábulo "compromisso" pela expressão "convenção de arbitragem". Com isso, a lei possibilitou a extinção do processo judicial, sem julgamento do mérito, caso o réu alegue na contestação, como questão preliminar, tanto a existência de compromisso, quanto de cláusula compromissória.

O novel diploma inovou, ainda, ao dispensar a outrora exigida homologação judicial, para atribuir à sentença arbitral os mesmos efeitos da sentença judicial, dotando-a inclusive de eficácia executiva *de per se*, pois, caso condenatória, consistirá em título executivo judicial (arts. 18 e 31 da Lei nº 9.307/96).

No que respeita às arbitragens internacionais, a Lei nº 9.307/96 acabou com o sistema da dupla homologação das sentenças arbitrais estrangeiras, dispondo em seu art. 35 que *"para ser reconhecida ou executada no Brasil, a sentença arbitral estrangeira está sujeita, unicamente, à homologação do Supremo Tribunal Federal"*.[39] Além disso, a lei previu, em seu art. 39, parágrafo único, a possibilidade de citação da parte domiciliada no Brasil por outros meios além da carta rogatória, admitindo-se, inclusive, a citação por via postal, com aviso de recebimento, desde que seja assegurado à parte brasileira tempo hábil para o exercício de seu direito de defesa.

Como se vê, a Lei nº 9.307/96 trouxe importantes modificações na disciplina da arbitragem interna e internacional, atendendo aos justos reclamos da comunidade jurídica e empresarial e possibilitando o desenvolvimento do instituto no País.

A discussão incidental sobre a constitucionalidade da Lei nº 9.307/96

Antes mesmo que a Lei de Arbitragem completasse seu primeiro ano de vigência, os ministros do Supremo Tribunal Federal, durante o julgamento do Agravo Regimental na

[39] A previsão de que competiria ao Supremo Tribunal Federal homologar as sentenças arbitrais estrangeiras deve-se ao fato de que a Lei nº 9.307/96 é anterior à Emenda Constitucional nº 45, de 2004, que atribuiu ao Superior Tribunal de Justiça a competência para a homologação de sentenças estrangeiras e para a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias (CF/88, art. 105, inc.I, alínea i).

Sentença Estrangeira nº 5.206-7, Reino da Espanha,[40] acolhendo proposta do ministro MOREIRA ALVES, decidiram apreciar, incidentalmente, a constitucionalidade de diversos dispositivos da Lei nº 9.307/96, responsáveis por algumas das inovações trazidas pela nova lei.

---

[40] "1.Sentença estrangeira: Laudo arbitral que dirimiu conflito entre duas sociedades comerciais sobre direitos inquestionavelmente disponíveis - a existência e o montante de créditos a título de comissão por representação comercial de empresa brasileira no exterior: compromisso firmado pela requerida que, neste processo, presta anuência ao pedido de homologação: ausência de chancela, na origem, de autoridade judiciária ou órgão público equivalente: homologação negada pelo Presidente do STF, nos termos da jurisprudência da Corte, então dominante: agravo regimental a que se dá provimento, por unanimidade, tendo em vista a edição posterior da L. 9.307, de 23.9.96, que dispõe sobre a arbitragem, para que, homologado o laudo, valha no Brasil como título executivo judicial.

2. Laudo arbitral: homologação: Lei da Arbitragem: controle incidental de constitucionalidade e o papel do STF.

A constitucionalidade da primeira das inovações da Lei da Arbitragem - a possibilidade de execução específica de compromisso arbitral - não constitui, na espécie, questão prejudicial da homologação do laudo estrangeiro; a essa interessa apenas, como premissa, a extinção, no direito interno, da homologação judicial do laudo (arts. 18 e 31), e sua conseqüente dispensa, na origem, como requisito de reconhecimento, no Brasil, de sentença arbitral estrangeira (art. 35).

A completa assimilação, no direito interno, da decisão arbitral à decisão judicial, pela nova Lei de Arbitragem, já bastaria, a rigor, para autorizar a homologação, no Brasil, do laudo arbitral estrangeiro, independentemente de sua prévia homologação pela Justiça do país de origem.

Ainda que não seja essencial à solução do caso concreto, não pode o Tribunal – dado o seu papel de 'guarda da Constituição' – se furtar a enfrentar o problema de constitucionalidade suscitado incidentemente (v.g. MS 20.505, Néri).

3. Lei de Arbitragem (L. 9.307/96): Constitucionalidade, em tese, do juízo arbitral; discussão incidental da constitucionalidade de vários dos tópicos da nova lei, especialmente acerca da compatibilidade, ou não, entre a execução judicial específica para a solução de futuros conflitos da cláusula compromissória e a garantia constitucional da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV).

Constitucionalidade declarada pelo plenário, considerando o Tribunal, por maioria de votos, que a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória, quando da celebração do contrato, e a permissão legal dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar o compromisso não ofendem o artigo 5º, XXXV, da CF.

Votos vencidos, em parte – incluído o do relator – que entendiam inconstitucionais a cláusula compromissória – dada a indeterminação de seu objeto – e a possibilidade de a outra parte, havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, recorrer ao Poder Judiciário para compelir a parte recalcitrante a firmar o compromisso, e, conseqüentemente, declaravam a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei 9.307/96 (art. 6º, parág. único; 7º e seus parágrafos e, no art. 41, das novas redações atribuídas ao art. 267, VII e art. 301, inciso IX do C. Pr. Civil; e art. 42), por violação da garantia da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário.

Constitucionalidade - aí por decisão unânime, dos dispositivos da Lei de Arbitragem que prescrevem a irrecorribilidade (art. 18) e os efeitos de decisão judiciária da sentença arbitral (art. 31)". (STF, Agravo regimental em sentença estrangeira nº 5.206 – Reino da Espanha. Relator para o acórdão Min. Marco Aurélio, Pleno, julgado em 12.12.01)

Os fatos do caso submetido ao Supremo Tribunal Federal eram os seguintes: sociedade constituída sob as leis espanholas requereu, antes da vigência da Lei nº 9.307/96, a homologação de laudo arbitral proferido na Espanha, em arbitragem ocorrida naquele País com uma sociedade brasileira, da qual era representante comercial. A sociedade brasileira compareceu espontaneamente ao requerimento de homologação perante o STF, dando-se por citada, e anuiu com o pedido de homologação, para que pudesse pagar a quantia fixada no laudo e receber quitação da empresa espanhola. Apesar disso, o pedido de homologação foi indeferido, sob o argumento de que o laudo arbitral não fora homologado por autoridade judiciária ou órgão público equivalente na Espanha, país de origem. Ainda anteriormente à vigência da Lei de Arbitragem, a sociedade espanhola interpôs agravo regimental contra esta decisão, alegando a dispensa de homologação do laudo arbitral pelo ordenamento jurídico espanhol. Com a entrada em vigor da Lei nº 9.307/96, o ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, relator do recurso, decidiu afetar o julgamento do recurso ao plenário da Corte, em razão da novidade da questão.

Embora o relator do recurso, em seu voto inicial, no sentido de dar provimento ao agravo regimental interposto, não tenha questionado a constitucionalidade de qualquer dispositivo da Lei nº 9.307/96, o ministro MOREIRA ALVES propôs a conversão do julgamento em diligência, proposição esta unanimemente acolhida, para que o Ministério Público Federal opinasse acerca da constitucionalidade da Lei de Arbitragem e seus dispositivos em cotejo com o art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal.

Em seu consistente parecer, parcialmente reproduzido no relatório do acórdão, o então Procurador-Geral da República GERALDO BRINDEIRO opinou pela constitucionalidade da Lei de Arbitragem.

Não obstante, o ministro SEPÚLVEDA PERTENCE sustentou em seu voto a inconstitucionalidade dos art. 6º, parágrafo único, art. 7º e seus parágrafos, e dos arts. 41 e 42 da Lei, por entender que a possibilidade de execução específica da cláusula compromissória, com a conseqüente derrogação da jurisdição estatal *antes do surgimento de qualquer litígio entre as partes*, afrontaria o art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal. Por outro lado, o

eminente ministro reconheceu a constitucionalidade dos arts. 18 e 31 da lei,[41] que prevêem, respectivamente, a irrecorribilidade da sentença arbitral e a dispensa de sua homologação pelo Judiciário, e a equiparação à sentença judicial.

Para o ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, o impedimento à solução via jurisdição estatal mediante estipulação de cláusula compromissória, que em regra antecede o litígio entre as partes contratantes, implicaria a renúncia *in abstracto* do direito de ação, pois as partes estariam abrindo mão da tutela estatal sem conhecer a efetiva extensão do litígio e, além disso, sem ter a certeza de que a controvérsia envolveria direitos patrimoniais disponíveis.

Sua posição fica evidente nas seguintes passagens de seu voto, que pedimos vênia para transcrever:

> "A constitucionalidade do juízo arbitral – perdoe-se a insistência – deriva da renunciabilidade, no caso, do exercício do direito de ação – que é o reflexo subjetivo da garantia da prestação jurisdicional, insculpida hoje no art. 5º, XXXV, da Lei Fundamental – relativamente a uma pretensão material disponível. Mas, a renunciabilidade da ação – porque direito de caráter instrumental – não existe *in abstracto*: só se pode aferi-la em concreto, pois tem por pressuposto e é coextensiva, em cada caso, da disponibilidade do direito questionado, ou melhor, das pretensões materiais contrapostas, que substantivam a lide confiada pelas partes à decisão arbitral. Segue-se que a manifestação de vontade da qual decorra a instituição do juízo arbitral – onde exista a garantia constitucional da universalidade da jurisdição judicial e, pois, do direito de ação – não pode anteceder à efetiva atualidade da controvérsia a cujo deslinde pelo Poder Judiciário o acordo implica renunciar. Vale dizer, que não prescinde da concreta determinação de um litígio atual. A esse pressuposto de constitucionalidade do juízo arbitral, atende o compromisso, mas não a cláusula arbitral. (...) Na cláusula compromissória, entretanto, o objeto dessa opção, posto que consensual, não são lides já determinadas e concretizadas, como se dá no compromisso: serão lides futuras e eventuais, de contornos indefinidos; quando muito, na expressão de Carnelutti (ob. cit., p. 550), lides determináveis pela referência ao contrato de cuja execução possam vir a surgir. A renúncia, com força de definitiva, que aí se divisasse à via judicial já não se legitimaria por derivação da disponibilidade do objeto do litígio, que pressupõe a sua determinação, mas, ao contrário, consubstanciaria renúncia genérica, de objeto indefinido, à garantia constitucional de acesso à jurisdição, cuja validade os princípios repelem. Sendo a vontade da parte, manifestada na cláusula compromissória, insuficiente – dada a indeterminação do seu objeto

[41] Art. 18. O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.

Art. 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.

> – e, pois, diversa da necessária a compor o consenso exigido à formação do compromisso, permitir o suprimento judicial seria admitir a instituição de um juízo arbitral com dispensa da vontade bilateral dos litigantes, que, só ela, lhe pode emprestar legitimidade constitucional: entendo nesse sentido a lição de Pontes (ob. cit., XV/224) de que fere o princípio constitucional invocado – hoje, art. 5º, XXXV, da Constituição – atribuir, ao compromisso que assim se formasse por provimento judicial substitutivo do assentimento de uma das partes, 'eficácia fora do que é a vontade dos figurantes em se submeterem'. Não posso fugir, desse modo, à declaração da inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 6º e do art. 7º da Lei de Arbitragem e, em conseqüência, dos outros dispositivos que deles derivam, isto é, no art. 41, da nova redação dada aos arts. 267, VII, e 301, IX, do C. Pr. Civil (que estendem a qualquer modalidade de convenção de arbitragem – e, pois, à hipótese de simples cláusula compromissória – a força impeditiva da constituição ou da continuidade do processo judicial sobre a mesma lide objeto do acordo arbitral), o art. 42, que acrescenta um novo inciso, n. VI, ao art. 520 do C. Pr. Civil para incluir no rol dos casos de apelação com efeito só devolutivo, o da interposta contra sentença 'que julgar procedente o pedido de instituição de arbitragem'."

Ressalte-se que o ministro SEPÚLVEDA PERTENCE não declarou, em seu voto, a inconstitucionalidade do art. 5º da Lei de Arbitragem justamente por entender que o referido dispositivo não dispensaria a celebração de compromisso pelas partes para instituição da arbitragem. Lendo-se os apartes do ministro NELSON JOBIM feitos logo em seguida ao voto do ministro SEPÚLVEDA, percebe-se que foi precisamente a manifestação desta convicção que motivou o pedido de vista por aquele ministro.

A partir do voto proferido pelo ministro SEPÚLVEDA, iniciou-se tormentoso debate, que duraria mais de quatro anos, até que fossem enfim dissipadas as dúvidas quanto à constitucionalidade da Lei nº 9.307/96, pondo-se fim à insegurança jurídica que contribuiu para frear, naquele estágio inicial, o desenvolvimento da arbitragem no Brasil.

Após longo pedido de vista, o ministro NELSON JOBIM, que ocupava o cargo de Ministro da Justiça à época da edição da Lei nº 9.307/96, proferiu voto divergente, no sentido da constitucionalidade da Lei de Arbitragem, que orientaria os demais ministros de mesma opinião. Assim, por maioria de votos, vencidos os ministros SEPÚLVEDA PERTENCE, SYDNEY SANCHES, NÉRI DA SILVEIRA e MOREIRA ALVES, foi declarada a constitucionalidade dos dispositivos da Lei de Arbitragem que instituíram a execução específica da cláusula compromissória (parágrafo único do art. 6º e art. 7º e seus parágrafos) e dos artigos deles decorrentes (arts. 41 e 42). Por unanimidade de votos, foi declarada a constitucionalidade dos artigos da lei que prevêem a irrecorribilidade e dispensa de

homologação da sentença arbitral, equiparando-a em seus efeitos à sentença judicial (arts. 18 e 31 da Lei nº 9.307/96).

No capítulo seguinte, tentaremos demonstrar que, ao contrário do que defendido pelo eminente ministro SEPÚLVEDA PERTENCE e pelos demais ministros que o acompanharam no julgamento em questão, a Lei de Arbitragem não padece de qualquer inconstitucionalidade *vis-à-vis* o art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal.

In dubio pro arbitragem

Conforme exposto acima, para o ilustre ministro SEPÚLVEDA PERTENCE a constitucionalidade da arbitragem necessariamente dependia do fato de que ela somente pudesse ser instituída mediante prévio compromisso, momento no qual as partes *(i)* delimitam os contornos de um litígio atual entre elas; *(ii)* verificam se tal litígio envolve direitos patrimoniais disponíveis; e *(iii)* ratificam sua intenção de submeter o conflito em questão à solução arbitral.

Conseqüentemente, segundo seu entendimento a possibilidade de execução específica da cláusula compromissória não se coadunaria com o art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal, pois significaria impor à parte a solução arbitral, ainda que ela, uma vez instaurado o litígio, preferisse valer-se do Poder Judiciário para solução da controvérsia.

Inicialmente, cabe ressaltar que ao dispor sobre a cláusula compromissória a Lei de Arbitragem não criou nenhuma nova figura jurídica. Muito ao contrário, diversos tratados e convenções internacionais não só já haviam delimitado os contornos da cláusula, como também continham dispositivos para vincular os contratantes que a estipulassem à via arbitral.

Nesse sentido, o vetusto Protocolo de Genebra, de 1923, promulgado pelo Decreto nº 21.187/32, em seus arts. 1º e 4º dispõe sobre a cláusula compromissória e prevê sua aptidão para instituição da arbitragem. Observe-se:

> 1 – Cada um dos Estados contratantes reconhece a validade, entre partes submetidas respectivamente à jurisdição de Estados contratantes diferentes, de compromissos ou da cláusula compromissória pela qual as partes num contrato se obrigam, em matéria comercial ou em qualquer outra suscetível

> de ser resolvida por meio de arbitragem por compromisso, a submeter, no todo ou em parte, as divergências, que possam resultar de tal contrato, a uma arbitragem, ainda que esta arbitragem deva verificar-se num país diferente daquele a cuja jurisdição está sujeita qualquer das partes no contrato.
>
> Cada Estado contratante se reserva a liberdade de limitar a obrigação acima mencionada aos contratos considerados como comerciais pela sua legislação nacional. O Estado contratante, que usar desta faculdade, avisará o Secretário Geral da Sociedade das Nações, afim de que os outros Estados contratantes sejam disso informados.
>
> 4 – Os tribunais dos Estados contratantes, dos quais esteja pendente um litígio relativo a um contrato concluído entre pessoas previstas no artigo 1º e que encerre um compromisso ou uma cláusula compromissória válida em virtude do dito artigo e suscetível de ser executada, remeterão os interessados, a pedido de um deles, ao julgamento dos árbitros.
>
> Essa transferência não prejudicará, a competência dos tribunais, no caso de, por qualquer motivo, o compromisso, a cláusula compromissória ou a arbitragem haverem caducado ou deixado de produzir efeito.

Posteriormente, o Brasil assinou a Convenção sobre o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras, de 1958 – a famosa Convenção de Nova York –, promulgada pelo Decreto nº 4.311/02, que a exemplo do Protocolo de Genebra prevê a instituição de arbitragem a partir da cláusula compromissória:

> Artigo II
> 1. Cada Estado signatário deverá reconhecer o acordo escrito pelo qual as partes se comprometem a submeter à arbitragem todas as divergências que tenham surgido ou que possam vir a surgir entre si no que diz respeito a um relacionamento jurídico definido, seja ele contratual ou não, com relação a uma matéria passível de solução mediante arbitragem.
> 2. Entender-se-á por 'acordo escrito' uma cláusula arbitral inserida em contrato ou acordo de arbitragem, firmado pelas partes ou contido em troca de cartas ou telegramas.
> 3. O tribunal de um Estado signatário, quando de posse de ação sobre matéria com relação à qual as partes tenham estabelecido acordo nos termos do presente artigo, a pedido de uma delas, encaminhará as partes à arbitragem, a menos que constate que tal acordo é nulo e sem efeitos, inoperante ou inexeqüível.

O Brasil também é signatário da Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional, de 1975, promulgada pelo Decreto nº 1.902/96, que em seu art. 1º dispõe que

> É válido o acordo das partes em virtude do qual se obrigam a submeter a decisão arbitral as divergências que possam surgir ou que hajam surgido entre elas com relação a um negócio de natureza mercantil. O respectivo

> acordo constará do documento assinado pelas partes, ou de troca de cartas, telegramas ou comunicações por telex.

Finalmente, a Lei Modelo da UNCITRAL para arbitragens comerciais internacionais, de 1985, também prevê, em seus arts. 7º e 8º, a instituição de arbitragem com base na cláusula compromissória. Confira-se:

> Article 7. Definition and form of arbitration agreement
> "Arbitration agreement" is an agreement by the parties to submit to arbitration all or certain disputes which have arisen or which may arise between them in respect of a defined legal relationship, whether contractual or not. An arbitration agreement may be in the form of an arbitration clause in a contract or in the form of a separate agreement.
>
> Article 8. Arbitration agreement and substantive claim before court
> (1) A court before which an action is brought in a matter which is the subject of an arbitration agreement shall, if a party so requests not later than when submitting his first statement on the substance of the dispute, refer the parties to arbitration unless it finds that the agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed.
> (2) Where an action referred to in paragraph (1) of this article has been brought, arbitral proceedings may nevertheless be commenced or continued, and an award may be made, while the issue is pending before the court.[42]

Conclui-se, assim, que ao dispor sobre a cláusula compromissória e vincular os contratantes que a estipularem à solução arbitral, a Lei nº 9.307/96 trouxe para o direito interno brasileiro, de forma genérica, algo que já se encontrava previsto em diversos tratados internacionais ratificados pelo Brasil. Mais do que isso, a legislação pátria assimilou forte

---

[42] "Artigo 7. Definição e forma da convenção de arbitragem

'Convenção de arbitragem' é a convenção pela qual as partes decidem submeter à arbitragem todos ou alguns dos litígios surgidos ou a surgir entre elas com respeito a uma determinada relação jurídica, contratual ou extracontratual. Uma convenção de arbitragem pode revestir a forma de uma cláusula compromissória em um contrato ou a de uma convenção autônoma.

Art. 8º Convenção de arbitragem e ações relativas ao fundo do litígio ajuizadas perante um tribunal

1. O tribunal no qual foi proposta uma ação relativa a uma questão abrangida por uma convenção de arbitragem, se uma das partes o solicitar até o momento em que apresentar suas primeiras alegações quanto ao fundo do litígio, remeterá as partes para a arbitragem, a menos que constate que a referida convenção se tornou caduca ou insuscetível se ser executada.

2. Quando tiver sido proposta num tribunal uma ação referida no §1º deste artigo, pode a arbitragem, apesar disso, ser iniciada ou prosseguir, inclusive com a prolação de sentença, enquanto a questão estiver pendente no tribunal." (tradução livre)

tendência verificada nas recentes reformas legislativas a respeito da arbitragem pelas quais passaram Países como Portugal, Itália, França e Alemanha.[43]

Em segundo lugar, não se pode perder de vista que no ordenamento jurídico brasileiro não existe arbitragem compulsória. Como já se teve oportunidade de expor, toda e qualquer arbitragem exige o prévio consenso das partes para sua instituição, seja por força de cláusula compromissória, seja por força de compromisso arbitral. Isto está claro nos arts. 1º e 3º da Lei nº 9.307/96, que dispõem:

> Art. 1º As pessoas capazes de contratar **poderão** valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. (grifou-se)
>
> Art. 3º As partes interessadas **podem** submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral. (grifou-se)

Assim, desde que a cláusula compromissória tenha decorrido de manifestação de vontade livre e destituída de vícios – sendo, portanto, válida e eficaz –, parece-nos falacioso o argumento de que a solução arbitral seria imposta à parte contra sua vontade – a manifestação de vontade ocorreu precisamente no momento em que o contrato foi celebrado, ocasião em que os contratantes, de comum acordo e ciente das conseqüências, estipularam a cláusula.

Em terceiro lugar, tampouco vemos qualquer óbice constitucional a que a cláusula compromissória consista em uma previsão genérica de submissão de eventuais (e futuros) litígios decorrentes de um contrato à arbitragem.

Afinal, a cláusula compromissória, como seu nome indica, está sempre vinculada a um contrato, de modo que os litígios, embora dificilmente sejam determinados no momento da celebração do contrato, serão sempre *determináveis*. Perdoe-se o truísmo, mas a cláusula compromissória não é uma previsão genérica de que todo e qualquer litígio surgido entre Caio e Tício será resolvido por arbitragem, mas apenas aquele(s) litígio(s) decorrente(s) de um determinado contrato, ou a ele relacionado, desde que, evidentemente, diga(m) respeito a direitos patrimoniais disponíveis.

---

[43] WALD, Arnoldo. Da constitucionalidade da Lei 9.307/96. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, São Paulo, nº 7, p. 323-334.

E, se os direitos materiais relacionados ao litígio são patrimoniais e disponíveis, de modo que as partes, caso quisessem, poderiam transacionar a seu respeito ou mesmo renunciar a eles, nada impede que possam submeter a solução do conflito a árbitros escolhidos por elas. Esta questão foi abordada, com precisão, no já mencionado parecer apresentado pelo Procurador-Geral da República GERALDO BRINDEIRO no julgamento do Agravo Regimental na Sentença Estrangeira nº 5.206-7:

> O que o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional estabelece e que 'a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a Direito'. Não estabelece que as partes interessadas não excluirão da apreciação judicial suas questões ou conflitos. Não determina que os interessados devem sempre levar ao Judiciário suas demandas. Se se admite como lícita a transação relativamente a direitos substanciais objeto da lide, não se pode considerar violência à Constituição abdicar do direito instrumental de ação através de cláusula compromissória. E, em se tratando de direitos patrimoniais disponíveis, não somente é lícito e constitucional, mas é também recomendável aos interessados – diante do acúmulo de processo e do formalismo excessivo que têm gerado a lentidão das demandas judiciais – abdicarem do direito ou do poder de ação e buscarem a composição do conflito por meio de sentença arbitral cujos efeitos sejam idênticos àqueles das decisões prolatadas pelo Poder Judiciário.[44]

Não podemos concordar, ainda, com o argumento de que somente no momento em que surgir o conflito será possível aferir se a controvérsia envolve direitos patrimoniais disponíveis e, por este motivo, poderá ser dirimida por arbitragem. Referendar este argumento equivaleria a refutar, *a priori*, a solução arbitral quando as próprias partes optaram por ela no passado.

Na hipótese de o contrato conter cláusula compromissória vazia, de modo que, verificada a recalcitrância da parte, seja necessário o recurso à ação prevista no art. 7º da Lei de Arbitragem, será o próprio Poder Judiciário quem irá controlar a arbitrabilidade da controvérsia, *antes* sequer da instituição da arbitragem.

Situação diversa ocorre em relação às cláusulas compromissórias cheias, pois o controle judicial sobre a disponibilidade dos direitos ocorrerá *no curso* da arbitragem ou *após* ela.

[44] Parecer apresentado nos autos da Sentença Estrangeira nº 5.206-7, Reino da Espanha. *In*: *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, São Paulo, nº 7, p. 373-377.

Isso porque, ao dispor no parágrafo único de seu art. 8º que *"caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória"*, a Lei nº 9.307/96 consagrou o princípio da *Kompetenz-Kompetenz*, isto é, estabeleceu a

> competência do árbitro para decidir sobre sua própria competência, resolvendo as impugnações que surjam acerca de sua capacidade de julgar, da extensão de seus poderes, da arbitrabilidade da controvérsia, enfim, avaliando a eficácia e a extensão dos poderes que as partes lhe conferiram tanto por via de cláusula compromissória, quanto por meio de compromisso arbitral.[45]

Em outras palavras, em regra será o próprio árbitro quem irá deverá decidir, inclusive de ofício, acerca da arbitrabilidade da controvérsia, isto é, se as partes são capazes e se os direitos materiais relacionados ao conflito são patrimoniais e disponíveis.

Isso não quer significar, contudo, que as partes não possam argüir perante o árbitro ou tribunal arbitral a invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem e, se for o caso, impugnar judicialmente uma decisão eventualmente equivocada, na medida em que o art. 20, § 2º, da Lei nº 9.307/96 expressamente prevê a possibilidade de reexame da decisão por meio de eventual ação anulatória, disciplinada nos arts. 32 e 33 da lei.[46]

---

[45] CARMONA, Carlos Alberto. Ob. cit., p. 160.

[46] "Art. 32. É nula a sentença arbitral se:
I - for nulo o compromisso;
II - emanou de quem não podia ser árbitro;
III - não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei;
IV - for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem;
V - não decidir todo o litígio submetido à arbitragem;
VI - comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva;
VII - proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei; e
VIII - forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei."

"Art. 33. A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente "Art. 33. A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a decretação da nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei.
§ 1º A demanda para a decretação de nulidade da sentença arbitral seguirá o procedimento comum, previsto no Código de Processo Civil, e deverá ser proposta no prazo de até noventa dias após o recebimento da notificação da sentença arbitral ou de seu aditamento.
§ 2º A sentença que julgar procedente o pedido:
I - decretará a nulidade da sentença arbitral, nos casos do art. 32, incisos I, II, VI, VII e VIII;

> Art. 20. A parte que pretender argüir questões relativas à competência, suspeição ou impedimento do árbitro ou dos árbitros, bem como nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, deverá fazê-lo na primeira oportunidade que tiver de se manifestar, após a instituição da arbitragem.
> § 1º Acolhida a argüição de suspeição ou impedimento, será o árbitro substituído nos termos do art. 16 desta Lei, reconhecida a incompetência do árbitro ou do tribunal arbitral, bem como a nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, serão as partes remetidas ao órgão do Poder Judiciário competente para julgar a causa.
> § 2º Não sendo acolhida a argüição, terá normal prosseguimento a arbitragem, sem prejuízo de vir a ser examinada a decisão pelo órgão do Poder Judiciário competente, quando da eventual propositura da demanda de que trata o art. 33 desta Lei.

Assim, por exemplo, se Caio, com base em cláusula compromissória estipulada em contrato celebrado com Tício, decide instaurar arbitragem contra este envolvendo direitos indisponíveis, Tício deverá alegar, em sua defesa, a invalidade ou ineficácia da cláusula (decorrente da indisponibilidade do direito) e a impossibilidade de prosseguimento de arbitragem. Neste exemplo, duas situações podem ocorrer:

1. O árbitro ou o tribunal arbitral acolhe o argumento de Tício e, com fundamento no art. 20, § 1º, da Lei nº 9.307/96, declara extinta a arbitragem, recomendando às partes que recorram ao órgão judicial competente; ou

2. O árbitro ou o tribunal arbitral rejeita o argumento de Tício e, com fundamento no art. 20, § 2º, da Lei nº 9.307/96, dá prosseguimento à arbitragem, vindo a proferir sentença.

Nesta segunda hipótese, como o art. 20, § 2º, da Lei de Arbitragem expressamente faculta o reexame da decisão arbitral que rejeitar a argüição de invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem pelo Poder Judiciário, Tício poderá propor a ação prevista no art. 33 para postular a anulação da sentença arbitral. Caso a sentença imponha-lhe uma condenação e

---

II - determinará que o árbitro ou o tribunal arbitral profira novo laudo, nas demais hipóteses."

uma execução venha a ser proposta, Tício poderá, caso prefira, postular a anulação da sentença arbitral por meio de impugnação, nos termos do art. 33, § 3º, da Lei de Arbitragem.[47]

Se, no exemplo aventado acima, Caio instaurasse contra Tício uma arbitragem internacional, isto é, caso a sentença proferida na referida arbitragem fosse proferida fora do território nacional e, para produzir efeitos no Brasil, dependesse de homologação pelo Superior Tribunal de Justiça, ainda assim Tício poderia atacar a sentença viciada. Para tanto, bastaria a Tício alegar, na contestação ao pedido de homologação da sentença formulado perante o STJ, que segundo a lei brasileira o objeto do litígio não era suscetível de ser resolvido por arbitragem, o que por si só obstaria a homologação da sentença, nos termos do art. 39, inc. I, da Lei nº 9.307/96.[48]

Conforme ressalta CARLOS ALBERTO CARMONA,

> a decisão que o árbitro tomar a respeito da questão que vier a ser submetida acerca da existência, validade, extensão e eficácia da convenção de arbitragem não será, de qualquer modo, inatacável, eis que poderá a parte eventualmente inconformada utilizar-se do expediente de que trata o art. 32 para impugnar a decisão final. Não existe qualquer preclusão que possa impedir eventual ataque do laudo sob a alegação de invalidade da convenção arbitral: tenham ou não as partes argüido a questão durante o procedimento arbitral, poderá o juiz togado, mediante provocação do interessado, anular o laudo por reconhecer, por exemplo, que a *convenção arbitral* era nula (o inciso I do art. 32, equivocadamente, reporta-se apenas ao *compromisso*), o que envolve a forma da convenção (menos rígida para a cláusula, mais rigorosa para o compromisso), a arbitrabilidade da controvérsia (art. 1º da Lei), extensão dos poderes dos árbitros (pode dar-se o caso de cláusula arbitral limitada a certas questões contratuais, que não incluam aquela a respeito da qual o árbitro decidiu), entre tantas outras.[49]

---

[47] O professor Paulo Cezar Pinheiro Carneiro defende a possibilidade de ajuizamento de ação anulatória para desconstituição des decisões proferidas no curso da arbitragem relativas à incompetência do árbitro, invalidade da convenção de arbitragem, inobservância do contraditório, cerceamento de defesa *etc.* O autor sustenta, ainda, a possibilidade de impetrar-se mandado de segurança contra decisões interlocutórias de cunho teratológico que tenham por objeto uma das hipóteses previstas no art. 32 da Lei de Arbitragem. (Aspectos Processuais da nova lei de arbitragem. Separata de *Revista Forense*, Rio de Janeiro, vol. 339, p. 140)

[48] "Art. 39. Também será denegada a homologação para o reconhecimento ou execução da sentença arbitral estrangeira, se o Supremo Tribunal Federal constatar que:

I - segundo a lei brasileira, o objeto do litígio não é suscetível de ser resolvido por arbitragem;

II - a decisão ofende a ordem pública nacional."

[49] CARMONA, Carlos Alberto. Ob. cit., p. 160.

Saliente-se ainda que, na hipótese de no curso da arbitragem surgir questão acerca de direitos indisponíveis a partir de um contrato que, originariamente, envolvia apenas direitos patrimoniais disponíveis, o art. 25 da Lei nº 9.307/96 prevê a possibilidade de o árbitro ou o tribunal arbitral sobrestar o procedimento, a fim de que as partes possam dirimir a questão prejudicial perante o Poder Judiciário. Confira-se:

> Art. 25. Sobrevindo no curso da arbitragem controvérsia acerca de direitos indisponíveis e verificando-se que de sua existência, ou não, dependerá o julgamento, o árbitro ou o tribunal arbitral remeterá as partes à autoridade competente do Poder Judiciário, suspendendo o procedimento arbitral.
> Parágrafo único. Resolvida a questão prejudicial e juntada aos autos a sentença ou acórdão transitados em julgado, terá normal seguimento a arbitragem.

Está-se diante, portanto, de mais um mecanismo instituído pela Lei nº 9.307/96 que permite o controle judicial da arbitrabilidade da controvérsia. E, embora o art. 25 tenha parcialmente reproduzido o art. 1.094 do Código de Processo Civil, revogado pela Lei de Arbitragem,[50] em seu voto o ministro SEPÚLVEDA PERTENCE a ele não se referiu.

Em todas as situações acima, o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional terá sido respeitado sem que, por outro lado, a exigibilidade da cláusula compromissória fosse aprioristicamente sacrificada, como pretendia o ministro SEPÚLVEDA PERTENCE.

E, como visto, ao permitir a execução específica da cláusula compromissória e vincular o contratante recalcitrante à via arbitral, o legislador brasileiro nada mais fez do que modificar o *momento* em que o Poder Judiciário irá se manifestar, a pedido da parte interessada ou mesmo *ex officio*, acerca da arbitrabilidade do conflito surgido.[51] Caso seja verificado, posteriormente, que o litígio não comportava solução via arbitragem, a sentença

---

[50] "Art. 1.094. Surgindo controvérsia acerca de direitos sobre os quais a lei não permite transação e verificando-se que de sua existência ou não dependerá o julgamento, o juízo suspenderá o procedimento arbitral, remetendo as partes à autoridade judiciária competente.
Parágrafo único. O prazo para proferir o laudo arbitral recomeça a correr, depois de juntada aos autos a sentença, passada em julgado, que resolveu a questão prejudicial."

[51] TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A arbitragem no sistema jurídico brasileiro. Revista dos Tribunais, São Paulo, vol. 735, p. 39-48, jan. 1997.

arbitral eventualmente proferida poderá ser desconstituída a requerimento da parte interessada ou, ainda, seus efeitos não irão se produzir no País, porquanto recusada sua homologação.

Existe, ainda, outro relevante argumento em defesa da obrigatoriedade de as partes submeterem eventuais litígios à arbitragem com base apenas na cláusula compromissória, caso assim ao menos um dos contratantes deseje. Tal argumento decorre do imperativo da segurança jurídica para as relações empresariais.

No mundo contemporâneo, ninguém desconhece que a incerteza nas relações comerciais implica *riscos*, que dificultam o planejamento empresarial e os investimentos, e *aumento dos custos*, que serão repassados adiante sempre que isso for possível (em geral, para os consumidores, por serem os destinatários finais dos produtos e serviços).

Além disso, não escapa ao homem comum que o Poder Judiciário brasileiro enfrenta gravíssima crise, quiçá sem precedentes, sendo alvo de pesadas críticas sobretudo por conta da morosidade em distribuir justiça aos consumidores de seus serviços.

Por outro lado, a arbitragem, como método alternativo de solução de controvérsias, tem reconhecidamente a potencialidade de oferecer soluções mais técnicas e adequadas ao caso concreto, por permitir a efetiva especialização dos árbitros, de forma mais célere e a custos possivelmente menores do que a jurisdição estatal, sem expor desnecessariamente o litígio e as partes envolvidas, com baixo impacto na continuidade do relacionamento entre elas, através de um procedimento menos formal e mais flexível, inclusive no que respeita à escolha das normas de direito material aplicáveis ou a possibilidade de julgamento por eqüidade.[52]

Nesse contexto, como bem ressaltou a ministra ELLEN GRACIE em seu voto no julgamento do Agravo Regimental na Sentença Estrangeira nº 5.206-7,

> Negar possibilidade a que a cláusula compromissória tenha plena validade e que enseje execução específica importa em erigir em privilégio da parte inadimplente o furtar-se à submissão à via expedita de solução da controvérsia, mecanismo este pelo qual optara livremente, quando da lavratura do contrato original em que inserida essa previsão. **É dar ao**

[52] GARCEZ, José Maria Rossani. Ob. cit. p. 71 e seg.

> **recalcitrante o poder de anular condição que – dada a natureza dos interesses envolvidos – pode ter sido consideração básica à formação da avença**. É inegável que, no mundo acelerado em que vivemos, ter, ou não, acesso a fórmulas rápidas de solução das pendências resultantes do fluxo comercial, constitui diferencial significativo no poder de barganha dos contratantes. A instabilidade econômica dos mercados internacionais e a volatilidade de capitais e preços de mercadorias podem tornar mais onerosa às partes a manutenção de uma longa pendência que, até mesmo, uma solução desfavorável, pois o conteúdo de incerteza relativamente às posições devedoras e credoras se torna entrave ao planejamento e desenvolvimento empresarial. (grifou-se)

Por mais este motivo, a declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei de Arbitragem que instituíram a execução específica da cláusula compromissória (parágrafo único do art. 6º e art. 7º e seus parágrafos) e dos artigos deles decorrentes (arts. 41 e 42) seria condenar a lei ao desuso, e colocar o Brasil em posição de desvantagem competitiva em relação aos demais Países.

Conclusão

Em determinados tipos de litígios, seja por sua alta complexidade, seja pelo fato de o conflito emergir como algo pontual no relacionamento de partes cujo convívio é inevitável ou conveniente, os métodos tradicionais simplesmente não são capazes de produzir soluções adequadas e justas.

Isso decorre do fato de que a jurisdição tem seus limites, de modo que, nestes e em outros tipos de litígios em que outros componentes predominam em relação aos componentes estritamente jurídicos, os métodos alternativos serão as únicas técnicas realmente aptas para promover a composição das partes. Conforme ensina HUMBERTO DALLA,

> Os M.A.S.C.'s vêm demonstrar, exatamente, que deve haver uma forma de solução para cada tipo e natureza de litígio que se apresenta. Em determinadas situações nenhum instrumento é mais efetivo do que a jurisdição; há outras em que, por melhor que seja o juiz e por mais adequado que seja o procedimento utilizado, a jurisdição simplesmente não se revela apropriada. Isso é muito comum em questões nas quais se verifica um componente emocional mais forte do que o jurídico, tal como ocorre no exemplo acima referido da disputa entre os vizinhos, bem como em grande parte dos casos levados às varas de família e juizados especiais cíveis. Temos, então, um conflito humano por trás do conflito jurídico, razão pela qual apenas uma atividade de verdadeira mediação será capaz de identificar e solucionar esse comportamento humano, a fim de que novos conflitos jurídicos não venham a ocorrer. O segredo, portanto, está em compreender

> os meios alternativos de solução de conflitos com uma soma à atividade jurisdicional, e não como uma simples subtração desta.[53]

Nessa ordem de idéias, esperamos ter demonstrado ao longo deste trabalho, evidentemente sem qualquer pretensão de esgotar o assunto, os motivos que nos levam a crer que o Supremo Tribunal Federal tomou a decisão acertada ao declarar, por maioria de votos, a constitucionalidade dos dispositivos da Lei de Arbitragem que atribuíram plena validade e eficácia à cláusula compromissória e possibilitaram sua execução específica.

[53] Mecanismos alternativos de solução de conflitos: algumas considerações introdutórias. Revista Dialética de Direito Processual, nº 17. São Paulo: Ed. Dialética, p. 9-14.

REFERÊNCIAS

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Direito Arbitral*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Juízo arbitral. Cláusula compromissória: efeitos. In: *Temas de Direito Processual: 2ª série*. São Paulo: Saraiva, p. 192-210.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem*: Lei n° 9.307/96. 4ª ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. Título original: Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective. A General Report.

_____. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de Acesso à Justiça. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 74, p. 82-97, abr./jun. 1994.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo*: um comentário à Lei nº 9.307/96. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2004.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Arbitragem. Cláusula Compromissória. Cognição e *imperium*. Medidas cautelares e antecipatórias. Civil Law e common law. Incompetência da Justiça estatal. *Revista Forense,* Rio de Janeiro, vol. 375, p. 235-245, set./out. 2004.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Aspectos Processuais da nova lei de arbitragem. Separata de *Revista Forense*, Rio de Janeiro, vol. 339, p. 127-141.

CHASE, Oscar. The rise of ADR in Cultural Context. In: *Law, Culture and Ritual: dispute systems in cross-cultural context*. New York: New York University Press.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Limites da sentença arbitral e de seu controle jurisdicional. In: *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 28-47.

DOLINGER, Jacob; TIBÚRCIO, Carmen. *Direito Internacional Privado (parte especial)*: Arbitragem Comercial Internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. Da Constitucionalidade dos arts. 6º, 7º, 41 e 42 da Lei de Arbitragem (9.307/96). A questão da inafastabilidade do controle jurisdicional. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 91, p. 170-172.

GARCEZ, José Maria Rossani. *Negociação. ADRS. Mediação.Conciliação e Arbitragem.* 2ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2003.

GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e contrato administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, nº 32, p. 14-20, out./dez. 2000.

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

_____. Garantias fundamentais do Processo: o Processo Justo. In: *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 229.

MARTINS, Pedro A. Batista. O Poder Judiciário e a Arbitragem: Quatro anos da Lei 9.307/96: (4ª parte). *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, São Paulo, nº 13, p. 350-374, jul./ago. 2001.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, 5ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Mecanismos Alternativos de Solução de Conflitos: Algumas Considerações Introdutórias. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 17, p. 9-14, ago. 2004.

RISKIN, Leonard L. e WESTBROOK, James L. *Dispute Resolution and Lawyers*. Estados Unidos da America: West Group, p. 3.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A arbitragem no sistema jurídico brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 735, p. 39-48, jan. 1997.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. A arbitragem como meio de solução de controvérsias. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, vol. 353, p. 107-116, jan./fev. 2001.

TIBÚRCIO, Carmen. A Lei de Arbitragem e a pretensa inconstitucionalidade de seu art. 7º. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, vol. 218, p. 175-196, out./dez. 1999.

_____. A arbitragem no Direito brasileiro. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, vol. 351, p. 58, jul./ago. 2000.

WALD, Arnoldo. Da constitucionalidade da Lei 9.307/96. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, São Paulo, nº 7, p. 323-334.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao CPC*, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, vol. 8.

XX. LIVRO ELETRÔNICO.

TÍTULO: **ANOTAÇÕES SOBRE A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA TUTELA COLETIVA NO DIREITO BRASILEIRO**.
AUTOR: Mauricio Vasconcelos Galvão Filho.

Citação:

GALVÃO FILHO, Mauricio Vasconcelos. *Anotações sobre a Evolução Histórica da tutela coletiva no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revista Eletrônica de Direito Processual, 2007.

ANOTAÇÕES SOBRE A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA TUTELA COLETIVA NO DIREITO BRASILEIRO

Mauricio Vasconcelos Galvão Filho.

Revista Eletrônica de Direito Processual
Dezembro de 2007.
Rio de Janeiro

SUMÁRIO

RESUMO 371

CAPÍTULO 1 – INTRODUÇÃO. 372

CAPÍTULO 2 – DELIMITAÇÃO DO OBJETO DO ESTUDO. 375

CAPÍTULO 3 – ALGUMAS NOTAS SOBRE A EVOLUÇÃO DO DIREITO BRASILEIRO. 376

CAPÍTULO 4 – DADOS SOBRE A HISTÓRIA DO DIREITO PROCESSUAL BRASILEIRO. 381

CAPÍTULO 5 – MARCOS DA TUTELA COLETIVA NO BRASIL. 391
- 5.1 – EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA DOUTRINA PROCESSUAL BRASILEIRA DO TRATAMENTO DA "TUTELA COLETIVA". 392
  - 5.1.1 – JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA 392
  - 5.1.2 – ADA PELLEGRINI GRINOVER 402
  - 5.1.3 – KAZUO WATANABE 406
  - 5.1.4 – LEONARDO GRECO 407
  - 5.1.5 – SÉRGIO BERMUDES 417
  - 5.1.6 – ANTONIO GIDI 422
  - 5.1.7 – PAULO CEZAR PINHEIRO CARNEIRO 423
  - 5.1.8 – ALUISIO GONÇALVES DE CASTRO MENDES 425
  - 5.1.9 – RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO 426
  - 5.1.10 – TEORI ALBINO ZAWASCKI 426
  - 5.1.11 – HUMBERTO DALLA BERNARDINA DE PINHO 429
- 5.2 – EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DA TUTELA COLETIVA NO BRASIL. 431
  - 5.2.1 – EM SEDE CONSTITUCIONAL 432
  - 5.2.2 – LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL 491

CAPÍTULO 6 – PANORAMA ATUAL. 494

CAPÍTULO 7 - PROPOSTAS PARA O TRATAMENTO SISTEMÁTICO DA MATÉRIA: POR UM CÓDIGO BRASILEIRO DE PROCESSOS COLETIVOS. 493

CAPÍTULO 8 – CONSIDERAÇÕES FINAIS. 500

CAPÍTULO 9 – REFERÊNCIAS. 503

NOTAS DE FIM 505

RESUMO

O presente estudo pretende apresentar dados históricos sobre a evolução da tutela coletiva no Brasil dentro do Direito Processual brasileiro, seja quanto a doutrina, seja quanto a legislação, de modo a permitir reflexões quanto a existência de uma linha evolutiva científica no tratamento da matéria, a verificação de tratamentos diferentes, apuração da correlação entre o tratamento passado, o atual e o futuro, e permitir a fixação da compreensão do fenômeno processual como fenômeno científico-social-histórico em evolução, demonstrando que a reflexão sobre novos instrumentos e meios para o desenvolvimento do processo, nas suas mais variadas facetas, representam a utopia sempre presente nos processualistas da concretização do Acesso à Justiça e da plena realização do Direito, da Moral, do Bem-comum e do Justo, contemporaneamente consubstanciados no ideal coletivo sintetizado na mais avançada construção *jus* política que representa o "Estado Democrático de Direito".

CAPÍTULO 1 - INTRODUÇÃO.

"No meio do caminho tinha uma pedra
tinha uma pedra no meio do caminho
tinha uma pedra
no meio do caminho tinha uma pedra.

Nunca me esquecerei desse acontecimento
na vida de minhas retinas tão fatigadas.
Nunca me esquecerei que no meio do caminho
tinha uma pedra
tinha uma pedra no meio do caminho
no meio do caminho tinha uma pedra."[1]
Carlos Drummond de Andrade, 1928.

"Se a significação de um sistema de direito depende da concepção que se tem do indivíduo e da sociedade, é natural que a mudança operada no plano das relações civis seja objeto de esmerado estudo por parte de quantos cuidam da ordem jurídica. (...)

Se é pacífico, hoje em dia, que a interpretação das normas legais deve ser feita de maneira sistemática, isto é, no contexto unitário do ordenamento, tal entendimento cresce de ponto quando se opera a mudança do sistema em função de princípios considerados essenciais às exigências de nosso tempo."[2] Miguel Reale, 05 de julho de 2005.

Dezembro de 2007.

O ser humano se depara com dimensões da organização social nunca antes existentes, como, por exemplo, uma população mundial que beira os sete bilhões de habitantes num planeta que vem sendo exaurido em ritmo acelerado, colocando em risco a própria preservação do mesmo, fauna, flora e da raça humana.

Prova incontestável deste panorama foi noticiado nas últimas semanas quanto ao "Encontro de Bali", promovido pela Organização das Nações Unidas, no qual se pretendia fixar entre os países presentes metas para a manutenção do Mundo e conseqüentemente da própria humanidade.

E ao término do "Encontro de Bali" verificam-se relatos que guardam relação com o objeto de estudo a seguir desenvolvido, como por exemplo o "choque" entre a necessidade de preservação do Meio Ambiente e a vontade de determinadas Nações manterem um processo desenvolvimentista predatório e nocivo ao Meio e à coletividade.

Ou seja, no cenário internacional verifica-se claramente a oposição entre direitos e deveres coletivos entre Países, o que só reafirma a seriedade e a urgência do desenvolvimento científico de meios para a solução das controvérsias, ou ainda a "planificação" das técnicas existentes e sua utilização efetiva para tais fins.

Tendo por base paradigmas que guardam relação com o acima noticiado, o estudo que a seguir se desenvolverá encontrar-se-á limitado a objeto de estudo e local determinado, pois sob a perspectiva da complexidade das relações humanas, parece oportuno analisar a evolução histórica da tutela coletiva num País que segundo as estatísticas oficiais possui cerca de 183.000.000 (cento e oitenta e três milhões de habitantes) e que diante de uma extensão territorial continental

[1] ANDRADE, Carlos Drummond *in Revista de Antropofagia*. 1928.

[2] REALE, Miguel. *História do Novo Código Civil* São Paulo: RT, 2005. Pp. 11 e 12.

apresenta uma pluralidade de interpretações possíveis para determinados atos e fatos jurídicos.

E ainda, necessário fixar, mesmo que de forma incipiente um panorama do estado passado, atual e próximo da matéria do estudo, de modo a que em momento futuro possa se examinar a influência do indivíduo[3], da sociedade ou outros sobre a história da tutela coletiva no Direito brasileiro, e a autonomia desta.

Vale mencionar, para fins de um estudo histórico do Direito, os pressupostos assentados a título de "uma breve idéia das soluções"[4] por Franz Wieacker, na doutrina jurídica alemã desenvolvida no pós Segunda Guerra Mundial no ano de 1967, sobre quais "as determinações da justiça vinculativas num plano supra-histórico que se mantiveram, nos vários projectos do direito natural e da moral jurídica, com uma estabilidade constante perante o pensamento histórico e crítico"[5], quais sejam:

> "a) se a questão do fundamento transcendente de uma vigência supra-positiva e incondicionalmente vinculativa do direito para *todos* os homens tiver que ser respondida, este fundamento de uma ordem jurídico-social que queira vincular intimamente homens que partilhem de todas as concepções fundamentais possíveis não pode ser encontrado nas verdades eternas; nem na vontade criadora infundamentada de uma revelação sobrenatural (por muito que ele seja determinante do comportamento jurídico dos crentes) nem na verdade lógica geral de um acto de conhecimento; nem por fim, numa autoridade política ou tradição pessoal histórico-cultural; mas tão só num apelo da consciência pessoal (potencialmente) ao alcance de todos e que a todos pura e simplesmente crie obrigações. Após a destruição das antigas convicções religiosas, das autoridades e das tradições comuns a todos, a justiça não aparece como valor imanente senão no plano da consciência que cada um tem do direito."[6]
>
> "b) assim, a justiça apenas é compreensível como o respeito de um dever supra-pessoal pelo indivíduo em cuja experiência pessoal ela aparece como uma visão sobre o valor do direito."[7]
>
> "c) a consciência como visão dos deveres relativos ao comportamento externo na convivência inter-humana constitui a consciência *jurídica*; a consciência jurídica é experimentada como categorialmente autônoma dos outros actos do conhecimento moral. Esta autonomia da experiência jurídica fundamenta a autonomia da justiça: logo que a questão do dever ser jurídico é, como tal, colocada, deixa de existir qualquer outro valor mais elevado no qual a justiça acabe por ficar absorvida (tal como a <<norma cultural>>, a <<utilidade comum>> ou a caridade) ou a preeminência axiológica dum valor desse tipo."[8]
>
> "d) o comando da consciência jurídica é transcendente e, por isso, incondicionado. Este carácter incondicionado inclui precisamente o condicionamento da situação, i.e., o carácter necessariamente referencial

[3] "... em virtude de traços particulares do seu carácter, os indivíduos podem influir no destino da sociedade. Por vezes esta influência é considerável, mas a possibilidade de exercer tal influência, e a sua extensão, são determinadas pela forma de organização da sociedade, pela correlação de forças dentro dela, O carácter de um indivíduo é um <<factor>> no desenvolvimento social apenas onde, quando e na medida em que o permitam as relações sociais." – Georgi Plekhanov *in* GARDINER, Patrick. *Teorias da História*. 5ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, Pp. 190-191.

[4] WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno* – ***PRIVATRECHTSGESCHICHTE DER NEUZEIT UNTER BESONDERER BERÜCKSICHTIGUNG DER DEUTSCHEN ENTWICKLUNG***. 3ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. P. 705.

[5] *Idem*. P. 705.

[6] *Ibidem*. P. 705.

[7] Op. Cit. –. p. 706.

[8] *Idem ibidem*. P. 707.

do comando jurídico em relação à historicidade da nossa existência e à situação de uma certa pessoa numa determinada situação."[9]

[9] Op. Cit. – p. 707.

CAPÍTULO 2 - DELIMITAÇÃO DO OBJETO DO ESTUDO.

> "A visão individualista do devido processo judicial está cedendo lugar rapidamente, ou melhor, está se fundindo com uma concepção social coletiva. Apenas tal transformação pode assegurar a realização dos "direitos públicos" relativos a interesses difusos."[1] – Mauro Cappelletti e Bryant Garth, 1978.

O objeto deste estudo é a coleta de dados que permitam que seja traçada uma síntese da evolução histórica da tutela coletiva no Direito brasileiro.

Para tanto, faz-se necessário a delimitação do que se entenderá por tutela coletiva para os fins pretendidos.

Por **"tutela coletiva"** propõe-se que seja compreendido, em sentido amplo, o **fenômeno jurídico da espécie processual através do qual se busca a prevenção ou solução de controvérsias ou litígios, seja através da imposição de decisão heterocompositiva por órgão jurisdicional, seja através da aceitação contratada de decisão heterocompositiva apresentada por órgão arbitral, seja através da composição das partes em decorrência das atividades de terceiro que aplicou ato ou procedimento específico à situação (*v.g.*: negociação, conciliação ou mediação), ou, por fim, diante da autocomposição não influenciada por terceiros, implementada pelas próprias partes quando admitida pelo ordenamento jurídico; sendo certo que o resultado alcançado constituirá a tutela, a qual poderá se referir, seja ao tratamento de direitos que se encontrem, no tempo e espaço, na qualidade de coletivos em sentido estrito (difusos e coletivos em sentido estrito) – tutela de direitos coletivos –, seja dos direitos individuais homogêneos ou heterogêneos que se qualificam pela pluralidade de partes envolvidas, pluralidade esta que inviabiliza ou desaconselha a utilização do instituto do litisconsórcio – tutela coletiva de direitos individuais –, ou, qualificados pela existência do interesse comum**.

Entretanto, adverte-se o leitor que o estudo que ora se apresenta é um início, pelo que desculpas já são apresentadas por qualquer omissão ou erro, e ainda aguardam-se os comentários e críticas, sempre bem-vindos, os quais poderão ser encaminhados ao Autor através da Revista Eletrônica de Direito Processual.

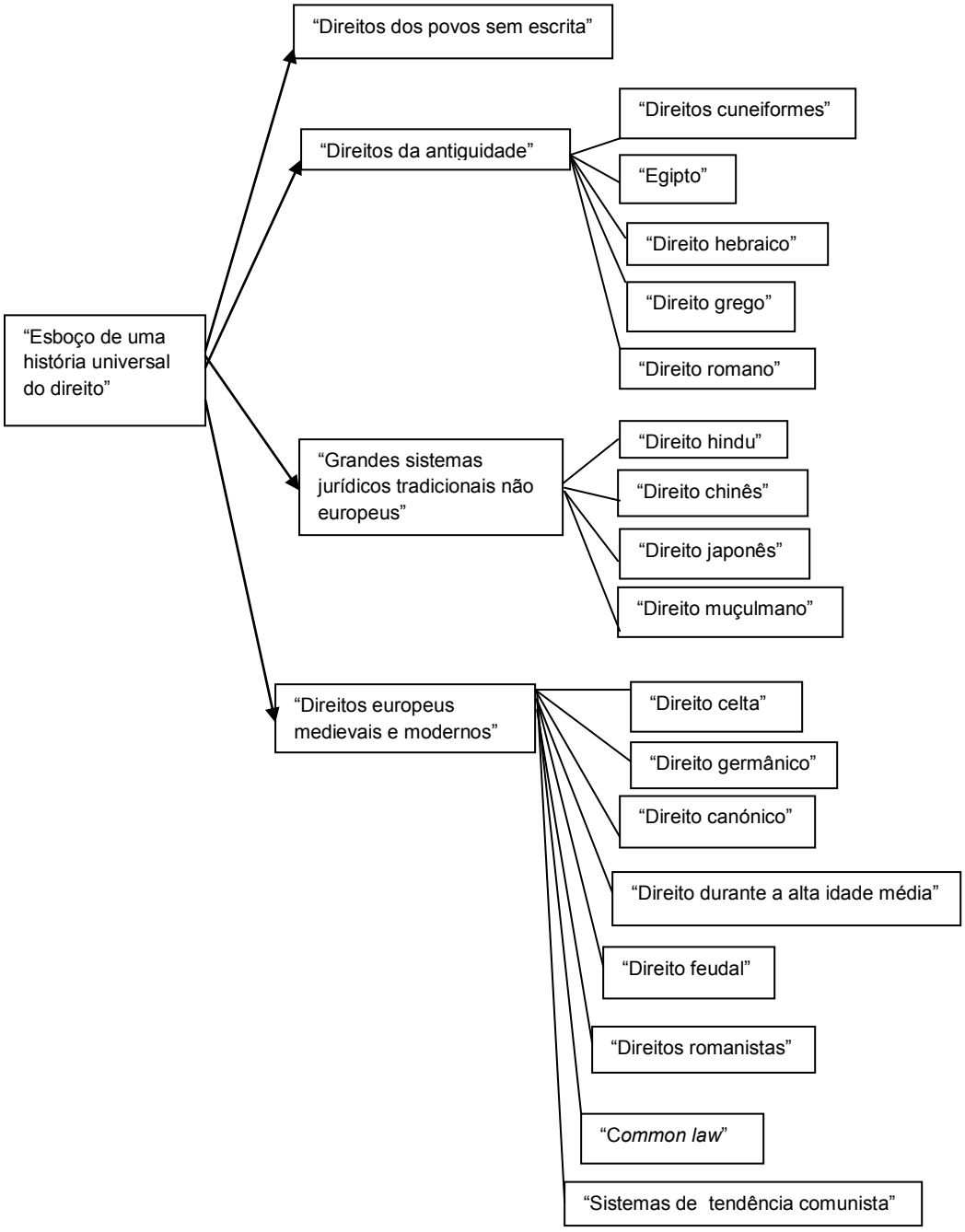
---

[1] CAPPELLETTI, Mauro *et* GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça (**Acess to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective. A General Report** / tradução e revisão: Ellen Gracie Northfleet*. Reimpressão. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002 P. 51.

CAPÍTULO 3 - ALGUMAS NOTAS SOBRE A EVOLUÇÃO DO DIREITO BRASILEIRO.

A realização de um estudo histórico demanda a fixação do objeto, do espaço e do período, não obstante as outras variantes que poderão acarretar alteração do resultado almejado.

Adotando-se as lições encartadas no clássico *Introdução Histórica ao Direito* de John Gilissen[1], pode-se apresentar a seguinte proposta de sistematização histórica:



[1] GILISEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. 4ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

Na perspectiva científica acima apresentada, o Direito brasileiro se encontra atrelado a espécie "direitos europeus medievais e modernos"[2], na subespécie "direitos romanistas fora da Europa"[3], na modalidade "direito romanista puro", pois:

> "A colonização de vastos territórios por países europeus desde o século XVI favoreceu a difusão dos sistemas jurídicos destes países fora da Europa.
>
> A Espanha e Portugal levaram o seu direito para as suas colônias da América Central e Meridional; universidades de tipo europeu foram então criadas a partir de meados do século XVI (México, Lima). Quando no começo do século XIX aí se formam Estados independentes, estes conservam a tradição jurídica da antiga mãe-pátria.
>
> ...
>
> Na realidade, podem distinguir-se fora da Europa dois tipos de direitos romanistas: os tipos puramente romanistas e os tipos mistos, isto é, os dois países que sofreram sucessivamente a influência dum direito romanista e, depois, do *common Law*."[4]

No direito brasileiro contemporâneo destaca-se a obra coletiva *Fundamentos de História do Direito* coordenada pelo Doutor Antônio Carlos Wolkmer[5], na qual é possível vislumbrar o encadeamento do desenvolvimento histórico do Direito brasileiro com a História do Direito mundial, nos limites expostos na obra, a obra *O Direito na História – Lições Introdutórias –.*[6] do Doutor José Reinaldo de Lima Lopes, ou a obra coletiva "capitaneada" pelo mesmo, representada pelo *Curso de História do Direito*[7], não obstante demais obras[8] sobre o tema.

Pois bem, com o "Descobrimento do Brasil"[9] por Portugal[10] em 21 de abril de 1500, teve início a transposição progressiva do "modelo romanista europeu puro" à nova Colônia ultramar, nos moldes então adotados na Capital.

O Direito brasileiro tem início com o "Descobrimento", a partir do qual gradativamente foi incidindo e se adaptando aos processos históricos, sociais e políticos durante os Períodos da Colônia (1500 a 1822), do Império (1822 a 1889) e da República (15 de novembro de 1889 em diante), e ainda aos processos

---

[2] *Idem*. Pp. 127/220.

[3] *Ibidem*. Pp. 206/207.

[4] *Idem ibidem*. Pp. 206/207.

[5] WOLKMER, Antônio Carlos – organizador -. *Fundamentos de História do Direito*. 3ª edição, revista e atualizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

[6] LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História – Lições introdutórias*. 2ª edição revista. São Paulo: Max Limonad, 2002.

[7] LOPES, José Reinaldo de Lima *et* QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo *et* ACCA, Thiago dos Santos. *Curso de História do Direito*. São Paulo: Método, 2006.

[8] Citam-se às obras: CASTRO, Flávia Lages de. *História do Direito Geral e Brasil*. 3ª edição – revisada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. – DE CICCO, Cláudio. *História do Pensamento Jurídico e da Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2006. – GAVAZZONI, Aluisio. *História do Direito – Dos sumérios até a nossa Era*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2005. – DO NASCIMENTO, Walter Vieira. *Lições de História do Direito*. 15ª edição, revista e aumentada. Rio de Janeiro: Forense, 2006. – PEDROSA, Ronaldo Leite. *Direito em História*. 5ª edição, revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

[9] O historiador Boris Fausto expõe: "A CHEGADA AO BRASIL - ... – Não sabemos se o nascimento do Brasil se deu por acaso, mas não há dúvida de que foi cercado de grande pompa. A primeira nau de regresso da viagem de Vasco da Gama chegou a Portugal, produzindo grande entusiasmo, em julho de 1499. Meses depois, a 9 de março de 1500, partia do Rio Tejo em Lisboa uma frota de treze navios, a mais aparatosa que até então tinha deixado o reino, aparentemente com destino às Índias, sob o comando de um fidalgo de pouco mais de trinta anos, Pedro Álvares Cabral. A frota, após passar as Ilhas de Cabo Verde, tomou rumo oeste, afastando-se da costa africana até avistar o que seria a terra brasileira a 21 de abril. Nessa data, houve apenas uma breve descida à terra e só no dia seguinte a frota ancoraria no litoral da Bahia, em Porto Seguro." – FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. 12ª edição. São Paulo: Editora Universidade de São Paulo, 2006. P. 30.

[10] Sobre a história do Direito português, vide: DA SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes. *História do Direito Português*. 3ª edição, revista e actualizada. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2000.

econômicos como o processo de exploração, povoamento, colonização[11], desenvolvimento de culturas[12] extrativistas, agrícolas, pecuárias, transição do trabalho escravo para o trabalho livre[13], até culminar no processo de industrialização brasileiro, terceirização e informatização.

Entretanto, certo é que a formação nacional não é linear, pelo contrário, por vezes caótica e desencontrada. O saudoso Darcy Ribeiro ilustrou cenários do processo evolutivo nacional na sua clássica obra *O povo brasileiro – A formação e o sentido do Brasil*[14], do qual se destaca as seguintes passagens relacionadas ao estudo:

> "O Brasil foi regido primeiro como uma feitoria escravista, exoticamente tropical, habitada por índios nativos e negros importados. Depois, como um consulado, em que um povo sublusitano, mestiçado de sangues afros e índios, vivia o destino de um proletariado externo dentro de uma possessão estrangeira. Os interesses e as aspirações do seu povo jamais foram levados em conta, porque só se tinha atenção e zelo no atendimento dos requisitos de prosperidade da feitoria exportadora. O que se estimulava era o aliciamento de mais índios trazidos dos matos ou a importação de mais negros trazidos da África, para aumentar a força de trabalho, que era a fonte de produção dos lucros da metrópole. **Nunca houve aqui um conceito de povo, englobando todos os trabalhadores e atribuindo-lhes direitos. Nem mesmo o direito elementar de trabalhar para nutrir-se, vestir-se e morar**."[15] – grifos nossos.
>
> "O ruim aqui, e **efetivo fator casual do atraso**, é o modo de ordenação da sociedade, estruturada contra os interesses da população, desde sempre sangrada para servir a desígnios alheios e opostos aos seus. **Não há, nunca houve, aqui um povo livre, regendo seu destino na busca de sua própria prosperidade.** O que houve e o que há é uma massa de trabalhadores explorada, humilhada e ofendida por uma **minoria dominante, espantosamente eficaz na formulação e manutenção de seu próprio projeto de prosperidade, sempre pronta e esmagar qualquer ameaça de reforma da ordem social vigente**."[16] - grifos nossos.

Ao longo de mais de cinco séculos, o Direito brasileiro atravessou períodos que são analisados por doutrinadores da área de História do Direito, os quais serão pontualmente apresentados abaixo, com o intuito de proporcionar uma melhor percepção do fenômeno histórico.

O Professor Antônio Carlos Wolkmer no seu *História do Direito no Brasil*[17] apresenta a seguinte ordenação do tratamento e estudo da história do Direito brasileiro:

> I – Direito na época do Brasil Colonial:
> 1.1 Primórdios da Estrutura Político-Econômica Brasileira
> 1.2 A legislação Colonizadora e o Direito Nativo
> 1.3 Os Operadores Jurídicos e a Administração da Justiça

[11] Sobre o processo de colonização portuguesa no Brasil: DA SILVA, Maria Beatriz NIzza. *História da Colonização Portuguesa no Brasil*. Lisboa: Edições Colibri, 1999.

[12] Vide o clássico nacional: FREYRE, Gilberto. *Casa-Grande e Senzala – Prefácio de Darcy Ribeiro*. 45ª edição. Rio de Janeiro: Record, 2001.

[13] Por todos: FREYRE, Gilberto. *Ordem e Progresso – Tomo I*. 3ª edição. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 1974; e, FREYRE, Gilberto. *Ordem e Progresso – Tomo II*. 3ª edição. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 1974.

[14] RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro – A formação e o sentido do Brasil –*. 2ª edição. 2ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

[15] *Idem*. P. 447.

[16] *Ibidem*. P. 452

[17] WOLKMER, Antônio Carlos. *História do Direito no Brasil*. 3ª edição, revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

II – Estado, Elites e Construção do Direito Nacional
- 2.1 O Liberalismo Pátrio: Natureza e Especificidade
- 2.2 O Liberalismo e a Cultura Jurídica do Século XIX
- 2.3 Magistrados e Judiciário no Tempo do Império
- 2.4 O Perfil Ideológico dos Atores Jurídicos: o Bacharelismo Liberal

III – Horizontes ideológicos da Cultura Jurídica brasileira
- 3.1 Trajetória Sócio-Política do Direito Público
- 3.2 As Instituições Privadas e a Tradição Jurídica Individualista
- 3.3 Historicidade e Natureza do Pensamento Jusfilosófico Nacional

José Reinaldo de Lima Lopes[18] destaca os seguintes fenômenos jurídicos no histórico nacional:

I. O REGIME COLONIAL
1.1. Justiça
- 1.1.1. Estrutura Judicial portuguesa
- 1.1.2. A estrutura judicial do Brasil colonial

1.2. As fontes do direito e as *Ordenações Filipinas*

II. AS FONTES – CONSTITUIÇÃO E CODIFICAÇÃO NO BRASIL DO SÉCULO XIX
2.1. A Constituição
2.2. O Código Criminal
2.3. O Código de Processo Criminal
2.4. Código Comercial
2.5. Regulamento nº 737 de 1850 – o Processo Civil
- 2.5.1. O direito anterior: as *Ordenações*
- 2.5.2. O novo direito

2.6. As Leis Civis

III. AS INSTITUIÇÕES E A CULTURA JURÍDICA – BRASIL – SÉCULO XIX
3.1. As declarações de direitos e a Constituição
3.2. O Poder Moderador
3.3. O Conselho de Estado
3.4. A religião de Estado
3.5. O Poder Judiciário
3.6. A cultura jurídica
- 3.6.1. O que se disputa em juízo
- 3.6.2. Os juristas
- 3.6.3. Cursos jurídicos

3.7. A escravidão
- 3.7.1. O debate jurídico

3.8. A propriedade da terra
- 3.8.1. As sesmarias
- 3.8.2. Posse
- 3.8.3. Lei de Terras

IV. DO SÉCULO XIX AO SÉCULO XX – INOVAÇÕES REPUBLICANAS
4.1. Instituições e cultura na Primeira República (1889-1930)
4.2. O ensino jurídico
4.3. O trabalho
4.4. A justiça e o sistema legal
4.5. Reformas legislativas na Primeira República
4.6. As reformas da Era Vargas
4.7. As constituições
- 4.7.1. Constituição de 1934

[18] LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História – Lições introdutórias*. 2ª edição revista. São Paulo: Max Limonad, 2002.

4.7.2. Carta de 1937

V. CONTRATO, PROPRIEDADE, PESSOA JURÍDICA
5.1. Os contratos
5.2. A propriedade
5.2.1. A propriedade como privilégio
5.2.2. A propriedade como direito natural e universal
5.3. Pessoa jurídica e sociedades
5.3.1. O longo caminho das sociedades para se tornarem pessoas

Pode-se observar que o fenômeno histórico de formação do Direito no Brasil é decorrente num primeiro momento de um processo mundial com antecedentes nas mais remotas organizações humanas, e que desde a "Descoberta" em 1500, espraiou-se num território de dimensões continentais e de formação humana heterogênea, sendo acima mencionados, de forma sintética, alguns "pontos" que foram destacados das obras de dois dos maiores especialistas contemporâneos sobre o tema.

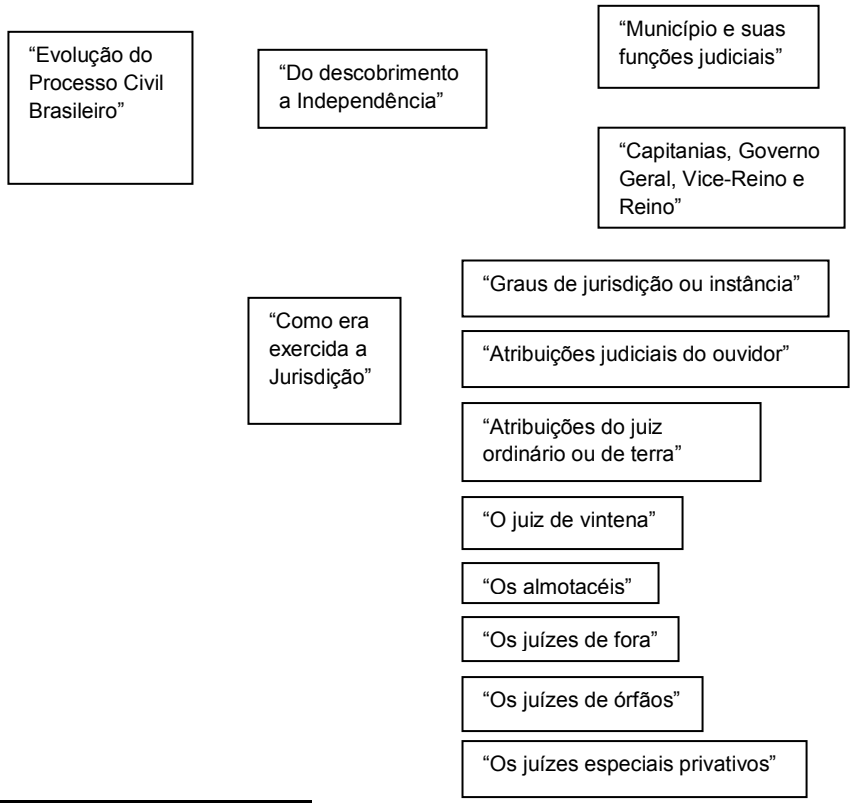
A importância desta delimitação histórica ao objeto do estudo reside na compreensão do "fenômeno processual da tutela coletiva" não como uma construção doutrinária ou jurisprudencial desgarrada da realidade e do cotidiano, mas, pelo contrário, como instrumento científico destinado a implementar uma função social-histórica decorrente de condicionantes que não se encontram restritas a órbita do Direito Processual e quiçá do próprio Direito.

CAPÍTULO 4 - DADOS SOBRE A HISTÓRIA DO DIREITO PROCESSUAL BRASILEIRO[1 e i]

Ciente das divergências e ainda mais das possibilidades de ser acusada esta abordagem de reducionista ou mínima, propõe-se uma análise introdutória a História do Direito Processual no Brasil com amparo em três obras:

- *Evolução do Processo Civil Brasileiro*[2] do Doutor José da Silva Pacheco;
- *História do Direito Processual Brasileiro – Das origens Lusas à Escola Crítica do Processo*[3] do Doutor Jônatas Luiz Moreira de Paula;
- *Processo Civil Comparado – Histórico e Contemporâneo*[4] do Doutor J. M. Othon Sidou.

Da obra de Silva Pacheco, pode-se extrair a seguinte visão sistemática:

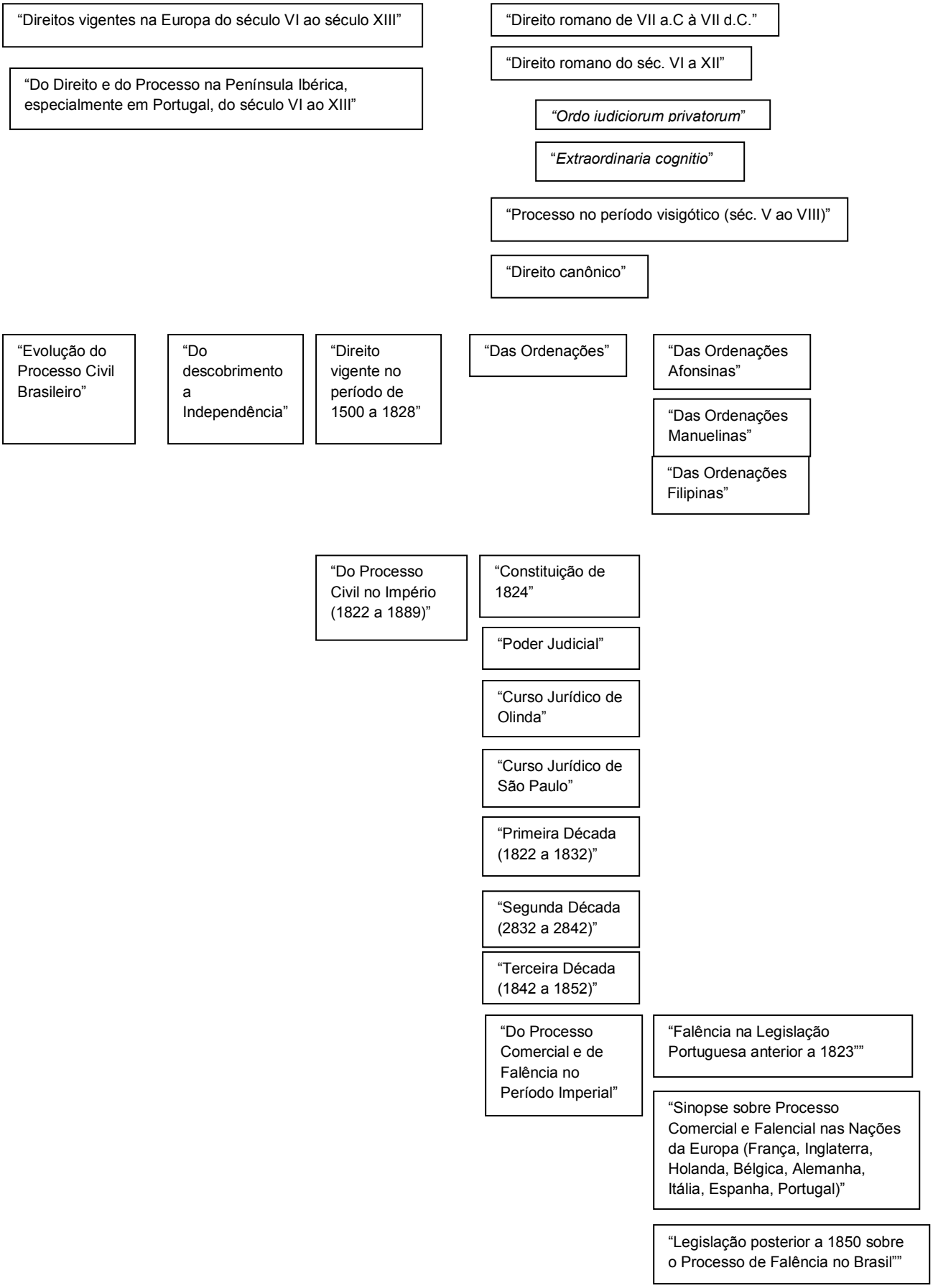


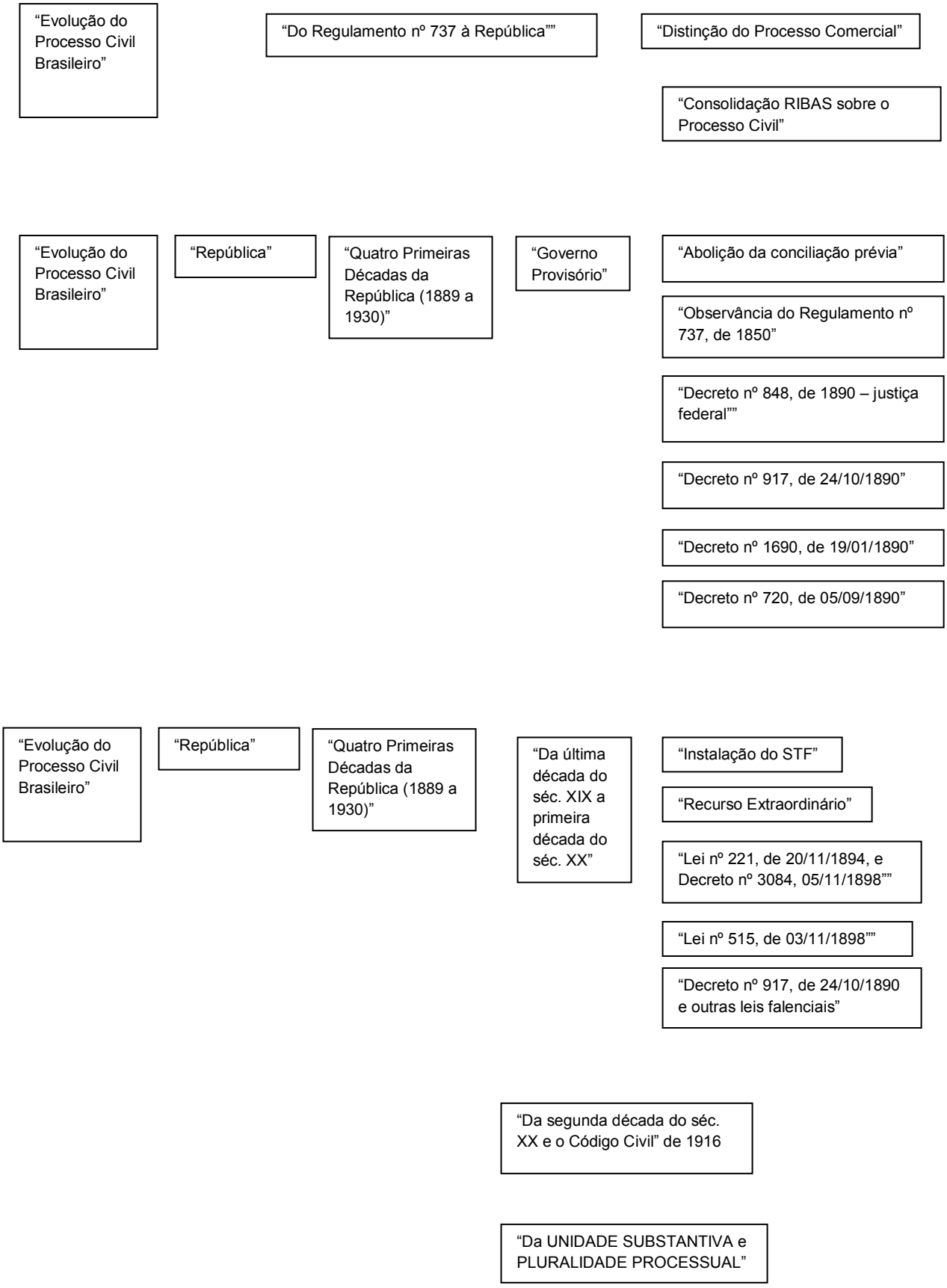
[1] Sob a égide do Código de Processo Civil de 1939, *Comentários ao Código de Processo Civil de* 1939 de Pontes de Miranda; e, ainda, LIEBMAN, Enrico Tulio. *Estudos sobre o Processo Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1947. Quanto ao Código de Processo Civil de 1973, vide BUZAID, Alfredo. *Linhas fundamentais do sistema do Código de Processo Civil brasileiro in Estudos e Pareceres de Direito Processual Civil*. São Paulo: RT, 2002. Pp. 31 a 48 (SUMÁRIO: 2.1 Orientação de política legislativa - 2.2 Procedimento escrito e oral - 2.3 Funções do processo civil - 2.4 Caraterísticas do processo civil brasileiro: 2.4.1 Do processo de conhecimento; 2.4.2 Do processo de execução; 2.4.3 Do processo cautelar; 2.4.4 Procedimentos especiais de jurisdição contenciosa e voluntária - 2.5 Conclusão.) e ainda, BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Estudos sobre o Novo Código de Processo Civil.* Rio de Janeiro**:** EDITORA LIBER JÚRIS, 1974.

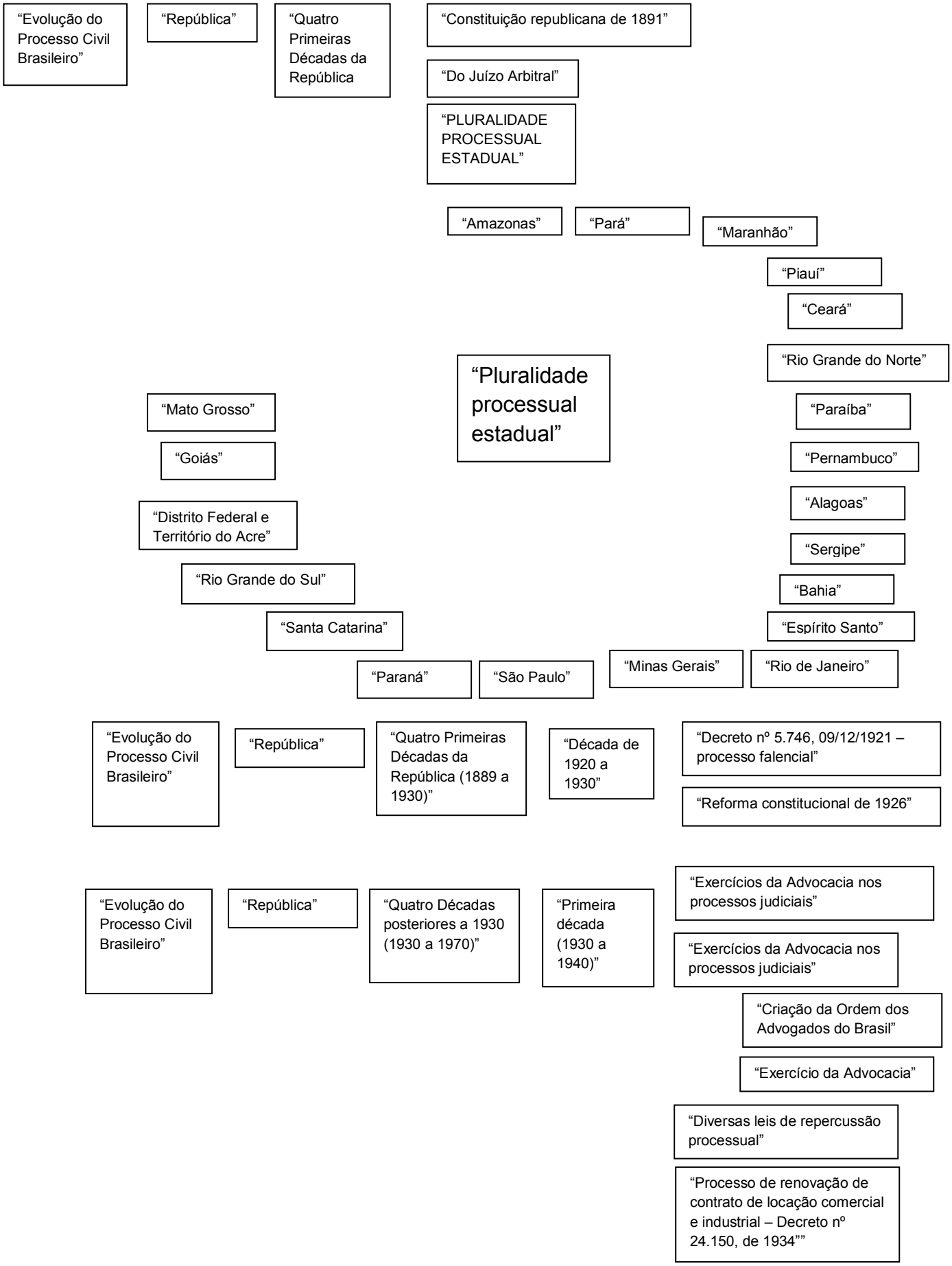
[2] PACHECO, José da Silva. *Evolução do processo civil brasileiro: desde as origens até o advento do novo milênio*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

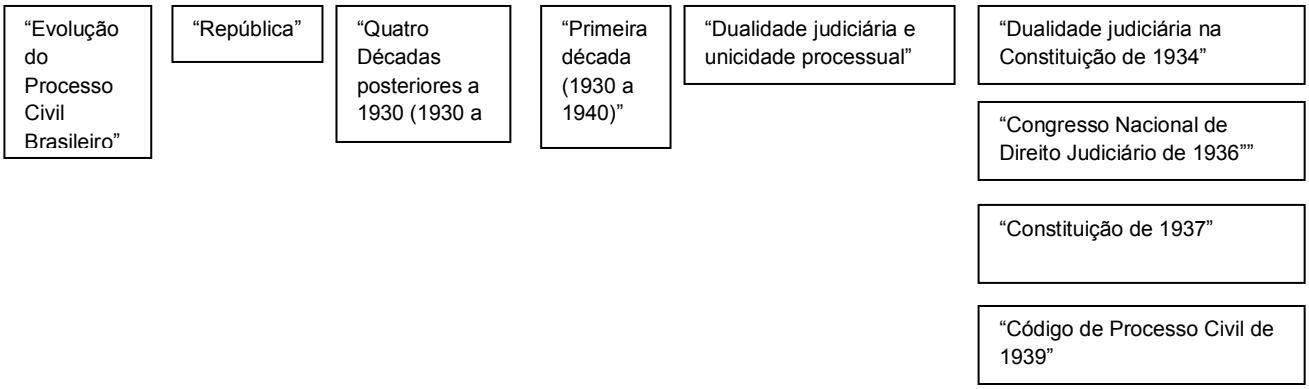
[3] DE PAULA, Jônatas Luiz Moreira. *História do Direito Processual Brasileiro – Das origens Lusas à Escola Crítica do Processo*. Barueri: Manole, 2002.

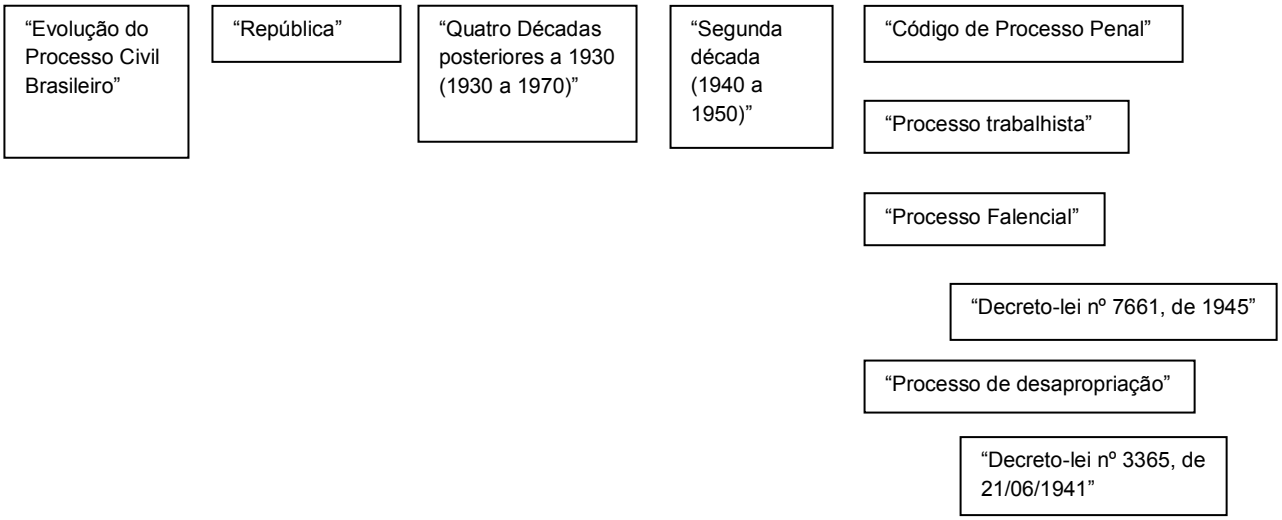
[4] SIDOU, J. M. Othon. *Processo Civil Comparado (Histórico e Contemporâneo)*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

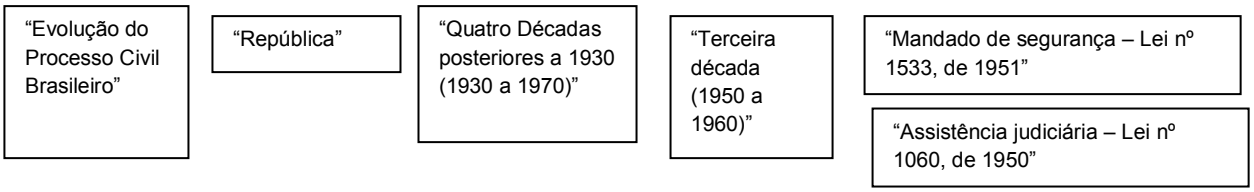

"Direitos vigentes na Europa do século VI ao século XIII"
"Do Direito e do Processo na Península Ibérica, especialmente em Portugal, do século VI ao XIII"
"Direito romano de VII a.C à VII d.C."
"Direito romano do séc. VI a XII"
"Ordo iudiciorum privatorum"
"Extraordinaria cognitio"
"Processo no período visigótico (séc. V ao VIII)"
"Direito canônico"
"Evolução do Processo Civil Brasileiro"
"Do descobrimento a Independência"
"Direito vigente no período de 1500 a 1828"
"Das Ordenações"
"Das Ordenações Afonsinas"
"Das Ordenações Manuelinas"
"Das Ordenações Filipinas"
"Do Processo Civil no Império (1822 a 1889)"
"Constituição de 1824"
"Poder Judicial"
"Curso Jurídico de Olinda"
"Curso Jurídico de São Paulo"
"Primeira Década (1822 a 1832)"
"Segunda Década (2832 a 2842)"
"Terceira Década (1842 a 1852)"
"Do Processo Comercial e de Falência no Período Imperial"
"Falência na Legislação Portuguesa anterior a 1823""
"Sinopse sobre Processo Comercial e Falencial nas Nações da Europa (França, Inglaterra, Holanda, Bélgica, Alemanha, Itália, Espanha, Portugal)"
"Legislação posterior a 1850 sobre o Processo de Falência no Brasil""

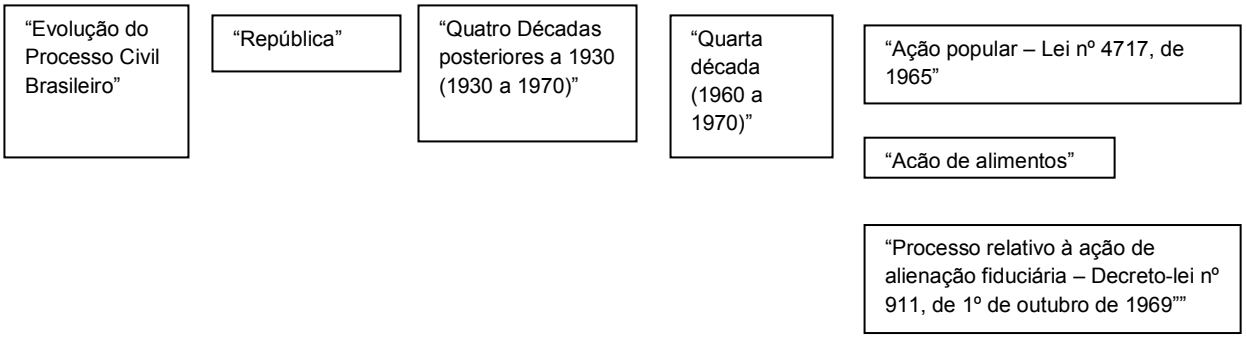

"Evolução do Processo Civil Brasileiro"
"Do Regulamento nº 737 à República""
"Distinção do Processo Comercial"
"Consolidação RIBAS sobre o Processo Civil"
"Evolução do Processo Civil Brasileiro"
"República"
"Quatro Primeiras Décadas da República (1889 a 1930)"
"Governo Provisório"
"Abolição da conciliação prévia"
"Observância do Regulamento nº 737, de 1850"
"Decreto nº 848, de 1890 – justiça federal""
"Decreto nº 917, de 24/10/1890"
"Decreto nº 1690, de 19/01/1890"
"Decreto nº 720, de 05/09/1890"
"Evolução do Processo Civil Brasileiro"
"República"
"Quatro Primeiras Décadas da República (1889 a 1930)"
"Da última década do séc. XIX a primeira década do séc. XX"
"Instalação do STF"
"Recurso Extraordinário"
"Lei nº 221, de 20/11/1894, e Decreto nº 3084, 05/11/1898""
"Lei nº 515, de 03/11/1898""
"Decreto nº 917, de 24/10/1890 e outras leis falenciais"
"Da segunda década do séc. XX e o Código Civil" de 1916
"Da UNIDADE SUBSTANTIVA e PLURALIDADE PROCESSUAL"

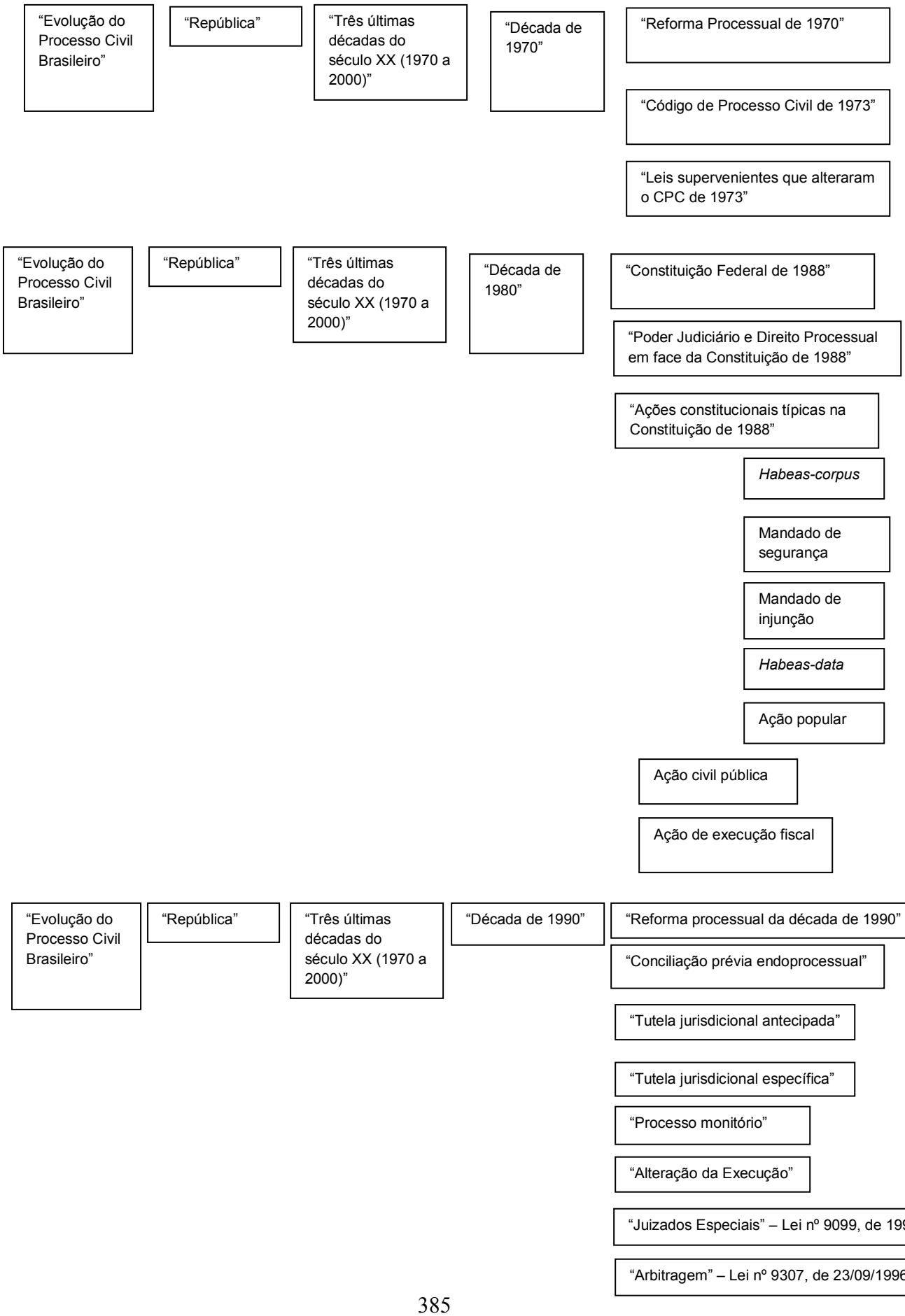

"Evolução do Processo Civil Brasileiro"
"República"
"Quatro Primeiras Décadas da República
"Constituição republicana de 1891"
"Do Juízo Arbitral"
"PLURALIDADE PROCESSUAL ESTADUAL"
"Amazonas"
"Pará"
"Maranhão"
"Piauí"
"Ceará"
"Rio Grande do Norte"
"Paraíba"
"Pernambuco"
"Alagoas"
"Sergipe"
"Bahia"
"Espírito Santo"
"Rio de Janeiro"
"Minas Gerais"
"São Paulo"
"Paraná"
"Santa Catarina"
"Rio Grande do Sul"
"Distrito Federal e Território do Acre"
"Goiás"
"Mato Grosso"
"Pluralidade processual estadual"
"Evolução do Processo Civil Brasileiro"
"República"
"Quatro Primeiras Décadas da República (1889 a 1930)"
"Década de 1920 a 1930"
"Decreto nº 5.746, 09/12/1921 – processo falencial"
"Reforma constitucional de 1926"
"Evolução do Processo Civil Brasileiro"
"República"
"Quatro Décadas posteriores a 1930 (1930 a 1970)"
"Primeira década (1930 a 1940)"
"Exercícios da Advocacia nos processos judiciais"
"Exercícios da Advocacia nos processos judiciais"
"Criação da Ordem dos Advogados do Brasil"
"Exercício da Advocacia"
"Diversas leis de repercussão processual"
"Processo de renovação de contrato de locação comercial e industrial – Decreto nº 24.150, de 1934""

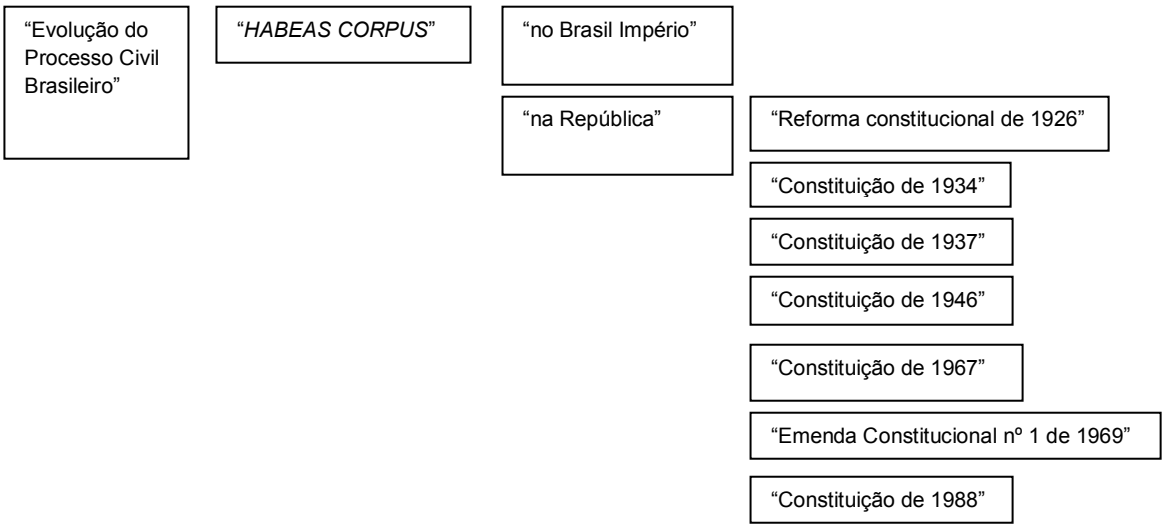

"Evolução do Processo Civil Brasileiro"
"República"
"Quatro Décadas posteriores a 1930 (1930 a
"Primeira década (1930 a 1940)"
"Dualidade judiciária e unicidade processual"
"Dualidade judiciária na Constituição de 1934"
"Congresso Nacional de Direito Judiciário de 1936""
"Constituição de 1937"
"Código de Processo Civil de 1939"

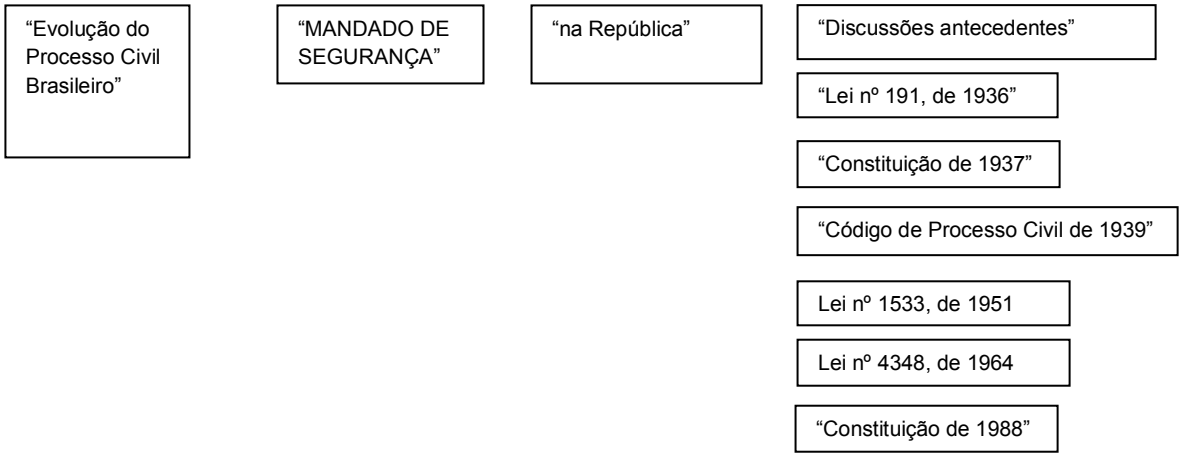

"Evolução do Processo Civil Brasileiro"
"República"
"Quatro Décadas posteriores a 1930 (1930 a 1970)"
"Segunda década (1940 a 1950)"
"Código de Processo Penal"
"Processo trabalhista"
"Processo Falencial"
"Decreto-lei nº 7661, de 1945"
"Processo de desapropriação"
"Decreto-lei nº 3365, de 21/06/1941"


"Evolução do Processo Civil Brasileiro"
"República"
"Quatro Décadas posteriores a 1930 (1930 a 1970)"
"Terceira década (1950 a 1960)"
"Mandado de segurança – Lei nº 1533, de 1951"
"Assistência judiciária – Lei nº 1060, de 1950"

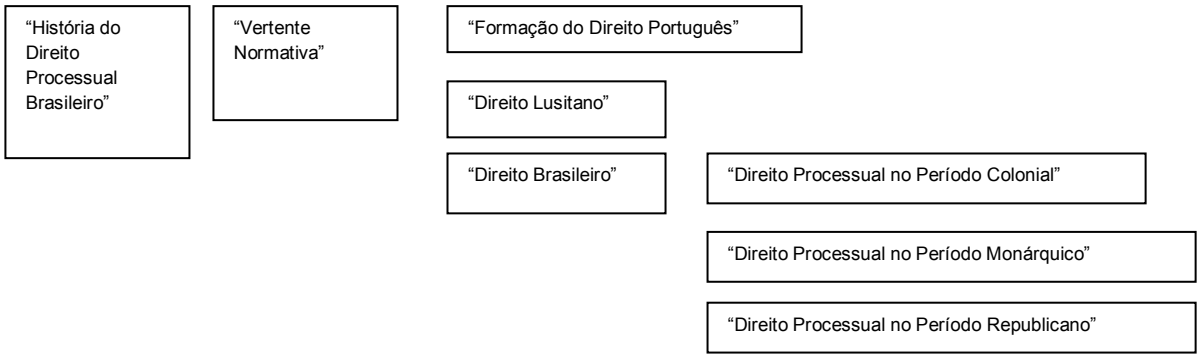

"Evolução do Processo Civil Brasileiro"
"República"
"Quatro Décadas posteriores a 1930 (1930 a 1970)"
"Quarta década (1960 a 1970)"
"Ação popular – Lei nº 4717, de 1965"
"Acão de alimentos"
"Processo relativo à ação de alienação fiduciária – Decreto-lei nº 911, de 1º de outubro de 1969""

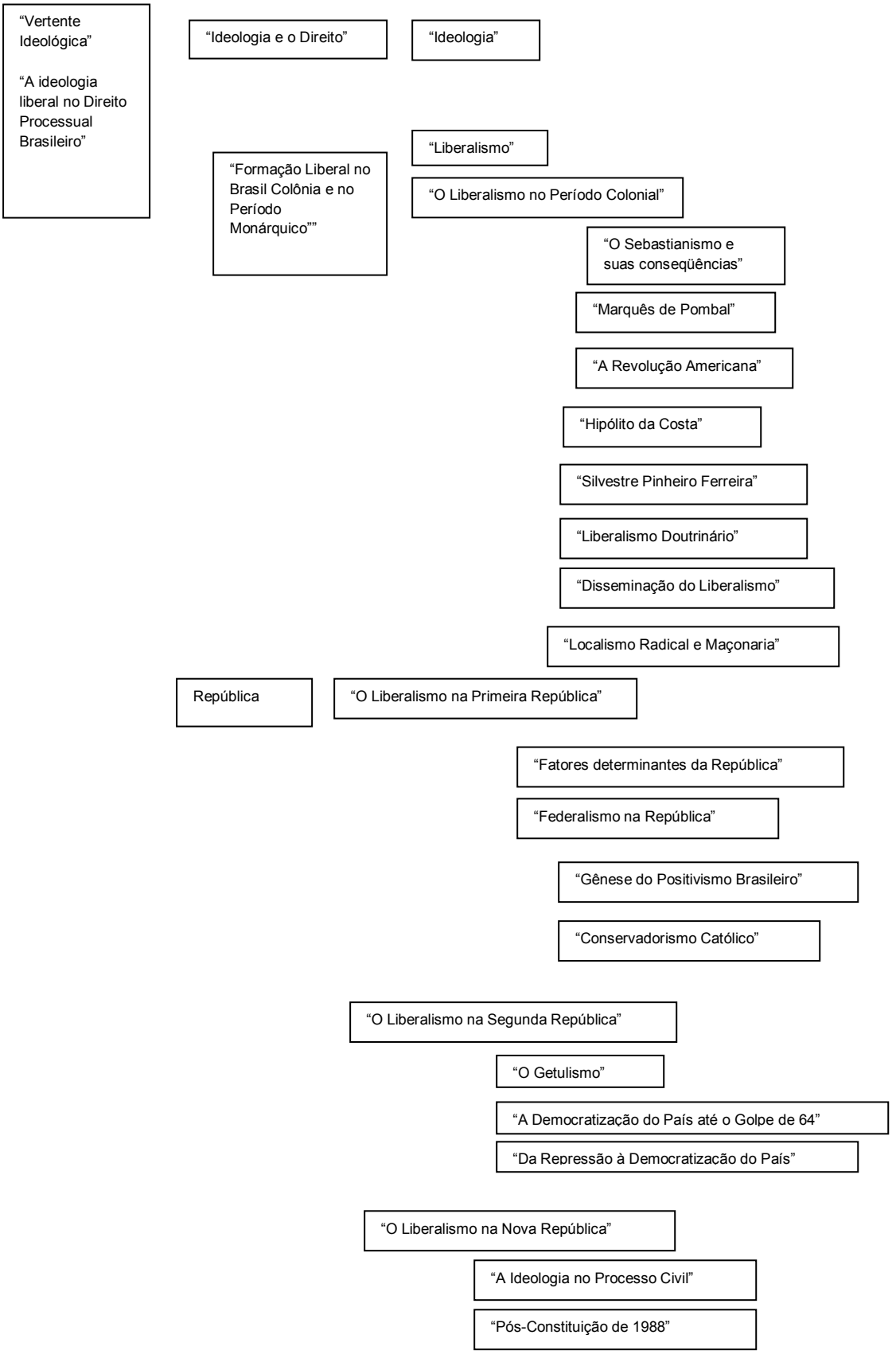

"Evolução do Processo Civil Brasileiro"
"República"
"Três últimas décadas do século XX (1970 a 2000)"
"Década de 1970"
"Reforma Processual de 1970"
"Código de Processo Civil de 1973"
"Leis supervenientes que alteraram o CPC de 1973"
"Evolução do Processo Civil Brasileiro"
"República"
"Três últimas décadas do século XX (1970 a 2000)"
"Década de 1980"
"Constituição Federal de 1988"
"Poder Judiciário e Direito Processual em face da Constituição de 1988"
"Ações constitucionais típicas na Constituição de 1988"
Habeas-corpus
Mandado de segurança
Mandado de injunção
Habeas-data
Ação popular
Ação civil pública
Ação de execução fiscal
"Evolução do Processo Civil Brasileiro"
"República"
"Três últimas décadas do século XX (1970 a 2000)"
"Década de 1990"
"Reforma processual da década de 1990"
"Conciliação prévia endoprocessual"
"Tutela jurisdicional antecipada"
"Tutela jurisdicional específica"
"Processo monitório"
"Alteração da Execução"
"Juizados Especiais" – Lei nº 9099, de 1995
"Arbitragem" – Lei nº 9307, de 23/09/1996

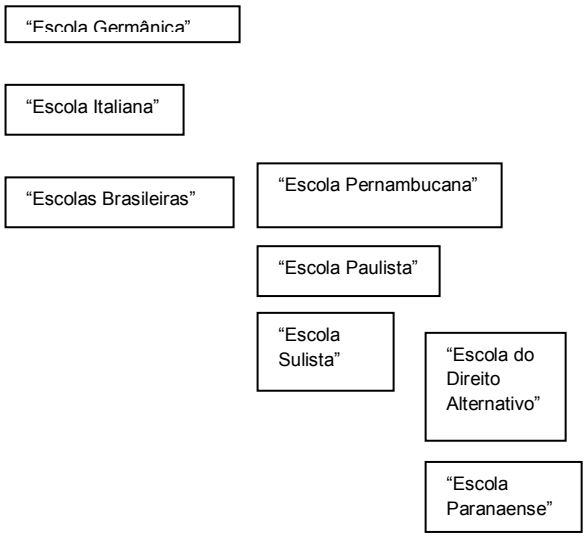




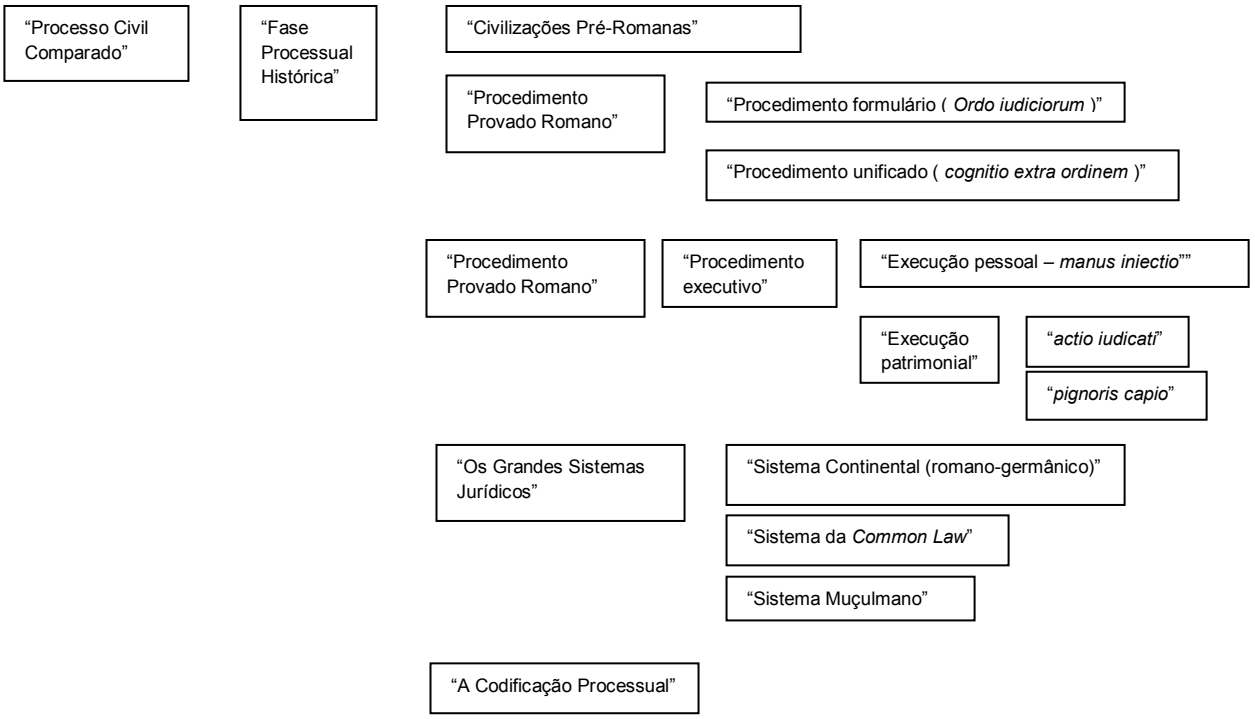
Por sua vez, Jônatas Luiz Moreira de Paula apresenta a seguinte organização histórica do Direito Processual brasileiro:




"Vertente Ideológica"
"A ideologia liberal no Direito Processual Brasileiro"
"Ideologia e o Direito"
"Ideologia"
"Formação Liberal no Brasil Colônia e no Período Monárquico""
"Liberalismo"
"O Liberalismo no Período Colonial"
"O Sebastianismo e suas conseqüências"
"Marquês de Pombal"
"A Revolução Americana"
"Hipólito da Costa"
"Silvestre Pinheiro Ferreira"
"Liberalismo Doutrinário"
"Disseminação do Liberalismo"
"Localismo Radical e Maçonaria"
República
"O Liberalismo na Primeira República"
"Fatores determinantes da República"
"Federalismo na República"
"Gênese do Positivismo Brasileiro"
"Conservadorismo Católico"
"O Liberalismo na Segunda República"
"O Getulismo"
"A Democratização do País até o Golpe de 64"
"Da Repressão à Democratização do País"
"O Liberalismo na Nova República"
"A Ideologia no Processo Civil"
"Pós-Constituição de 1988"
"Vertente Científica"
"Escolas e Tendências Científicas no Direito Processual Brasileiro""
"Influência da Universidade de Coimbra e do Direito Processual Português"



Por fim, encerrando a proposta de análise sintética sobre três olhares científicos sobre a história do Processo brasileiro, segue o panorama traçado pelo Professor J. M. Othon Sidou[5]:



[5] SIDOU, J. M. Othon. *Processo Civil Comparado (Histórico e Contemporâneo) À LUZ DO Código de Processo Civil brasileiro modificado até 1996.* Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

Mesclando as três abordagens históricas resumidamente apresentadas, pode-se propor o seguinte modelo de desenvolvimento histórico do Direito Processual brasileiro, o qual será importante para dar base a análise minuciosa da evolução da tutela coletiva dentro deste modelo histórico nacional.

Para os fins do presente estudo, apresenta-se a seguinte proposta de síntese histórica da evolução do Direito Processual brasileiro:

- 1ª fase histórica: Direito Processual Português no "Descobrimento do Brasil": fixação do início da história processual brasileira;

- 2ª fase histórica: Direito Processual Português e sua aplicação no Brasil Colônia: a utilização do modelo da Metrópole;

- 3ª fase histórica: Direito Processual no Brasil Pós-Independência: transição da Colônia-Brasil para o Estado-Brasil;

- 4ª fase histórica: Direito Processual no Brasil Império: a busca por modelos para o Império brasileiro;

- 5ª fase histórica: Direito Processual no Brasil República antes da Constituição Federal de 1988: o desenvolvimento do Direito Processual brasileiro científico-positivista;

- 6ª fase histórica: Direito Processual pós-Constituição Federal de 1988: a constitucionalização do direito processual brasileiro.

CAPÍTULO 5 - MARCOS DA TUTELA COLETIVA NO BRASIL.

> "Cappelletti, em aguda e inquietante observação, oportunamente salientou que muitos processualistas gastam o seu tempo e sua energia no exame de problemas abstratos e dogmáticos, que sevem à elaboração de livros, mas nem sempre conduzem à compreensão e ao aperfeiçoamento do fenômeno social do processo (*Giustizia e Società,* Milão, 1977).
>
> A prioridade da visualização do processo como fenômeno social destinado à justa composição dos litígios e, via de conseqüência, à realização da paz, um dos vetores do bem comum e da felicidade humana, não prescinde, porém, de um processo técnico, bem-ordenado e regido pelo contraditório."[1] – Sálvio de Figueiredo Teixeira, 1987.

Encontrando-se demonstrado que a evolução do Direito Processual Brasileiro é complexa e não possui tratamento uniforme da doutrina nacional, seja pela divergência de abordagem, seja pela divergência quanto as fontes utilizadas, seja pela abrangência da história e da escolha de determinados marcos por cada estudioso, almeja-se apresentar marcos históricos relevantes sobre a evolução da tutela coletiva no Direito Brasileiro, destacando-se que este constitui um primeiro estudo, pelo que se pretende muito mais traçar um "inicial e singelo mapa", do que exaurir pormenorizadamente o fenômeno histórico em questão, o que demandaria pesquisas que fogem ao presente estudo. Na doutrina brasileira se encontram dados que possibilitam que seja posteriormente traçada, em conjunto com a legislação, uma linha histórica do tratamento da tutela coletiva, a qual normalmente se confunde com a própria evolução do Direito Processual, em especial o Civil, brasileiro.

Pela proposta que segue, procurou-se destacar passagens literárias, pensamentos e a contribuição de diversos processualistas brasileiros para o tema da tutela coletiva, não obstante certamente terem sido involuntariamente omitidos dados do Processo brasileiro, pelo que desde já se apresentam as devidas desculpas e o pedido de compreensão dos leitores, pois não se tratam de duas ou três pessoas, mas de diversos cidadãos e cidadãs brasileiros que vem contribuindo com o desenvolvimento da Ciência Processual no Brasil.

E, em tempo, aproveitam-se as linhas para prestas homenagem àqueles que por muitas vezes privaram os seus e dos seus, com o intuito de atuar em claros e irretocáveis gestos do exercício da democracia participativa, em nome da ciência do Direito e aguardando, certamente, contribuir com a concretização da dignidade da pessoa humana, com a realização do processo justo e devido e com a construção do Estado de Direito e Democrático do Brasil.

A evolução da tutela coletiva no Direito brasileiro pode ser analisada através da evolução doutrinária nacional e pela elaboração da base normativa sobre o tema.

Quanto a produção doutrinária, destacam-se:

- José Carlos Barbosa Moreira;
- Ada Pellegrini Grinover;
- Kazuo Watanabe;
- Leonardo Greco;
- Sérgio Bermudes;
- Antonio Gidi;
- Paulo Cezar Pinheiro Carneiro;
- Aluisio Gonçalves de Castro Mendes;
- Rodolfo de Camargo Mancuso;
- Teoria Albino Zawascki;
- Humberto Dalla Bernardina de Pinho.

---

[1] TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Prazos e nulidades em Processo Civil de acordo com a Constituição de 1988*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

5.1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA DOUTRINA PROCESSUAL BRASILEIRA DO TRATAMENTO DA "TUTELA COLETIVA"

Apresentam-se dados, citações e resenhas de alguns dos mais importantes processualistas pátrios que versaram sobre esta temática ou que sobre a mesma acabaram lançando a influência de suas lições.

5.1.1. JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA[2]

BARBOSA MOREIRA, considerado por Sérgio Bermudes como um dos mais importantes processualistas do Mundo, trata da matéria e de suas questões correlatas ao longo de diversos estudos constantes de suas inúmeras obras, e ainda, através de estudos em obras coletivas.

O mestre Barbosa Moreira de maneira inovadora, pelo que se tem notícia, foi o primeiro jurista brasileiro a apresentar trabalho quanto às ações coletivas sob o título *A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos*.

Conforme suas memórias têm-se que:

> "em 1976, graças a uma bolsa de estudos concedida pelo Instituto Ítalo-americano (ILLA), passei três meses em Florença, quando lá exercia sua fulgurante atividade intelectual esse autêntico renovador dos estudos processuais que foi Mauro Cappelletti. Naquela época, fervilhava na doutrina italiana o interesse pela problemática relativa à proteção dos interesses supra-individuais; raro era o dia, vejo-me tentado a afirmar, em que não se realizava um simpósio ou não se publicava um ensaio a respeito dela." ... "Seria praticamente impossível que o bolsista brasileiro não se deixasse envolver no movimento." ... "Afigurava-se importante registrar como o legislador pátrio, mesmo sem o alimento de elaborações e propostas doutrinárias específicas, se adiantara a ordenamentos de países mais desenvolvidos e de mais densas tradições jurídicas. Nasceu desse propósito o artigo intitulado *A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados "interesses difusos", mais tarde incorporada a uma coletânea de estudos, que viria a constituir a primeira série dos Temas de Direito Processual.*
>
> Recordo esse episódio para melhor justificar a alegaria que sinto ao assistir à constante floração de trabalhos dedicados aos vários aspectos do tema. Hoje, sem dúvida, são outras as circunstâncias. Na literatura, grande número de escritos desenvolveu e aprofundou o estudo da matéria. Paralelamente – e bem aí se pode falar de integração recíproca –, aumentaram e frutificaram os cuidados do legislador para com a semente original, dando lugar a formação de vasta rede normativa, onde ocupam posição de relevo a Lei 7.347, de 24.07.1985 (que disciplinou a chamada ação civil pública), a Lei 8.078, de 11.09.1990 (Código de Defesa do

[2] Docente-livre na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Ex-Procurador do Estado da Guanabara. Docente-livre de Direito Processual na Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Desembargador (Aposentado) do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

> Consumidor), e outros diplomas, sem esquecer a Constituição de 1988, que levou a maior eminência o tratamento do assunto."[3]

Deste modo, para fins do presente, almeja-se tão somente a seleção, já com as devidas escusas por eventuais omissões indevidas, dos seus comentários que demonstram as bases científica e os traços históricos da tutela coletiva no Direito brasileiro.

No seu *Direito Processual Civil (Ensaios e Pareceres)*[4], relacionados ao tema em estudo, destacam-se: *Intervenção litisconsorcial voluntária*[5], *O litisconsórcio e seu duplo regime*[6], *Notas sobre o litisconsórcio necessário no direito brasileiro e no alemão*[7], *Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária*[8], *Questões prejudiciais e questões preliminares*[9], *Problemas da ação popular*[10], *A Administração Pública e a ação popular*[11], *Seqüestro e penhora no processo da ação popular*[12], *Mandado de segurança e condenação em honorários de advogado*[13] e *Algumas inovações do Anteprojeto de Código de Processo Civil*[14], merecendo desta obra, para os fins propostos no presente estudo, a transcrição dos seguintes trechos:

> "O advento da Lei n.° 4.717, de 29-6-1965, que regula a ação popular, veio preencher uma lacuna sensível em nosso ordenamento jurídico. Reconhecera a Constituição de 1946, no art. 141, § 38, a qualquer cidadão, qualidade para demandar em juízo a nulidade ou a anulação de atos lesivos ao patrimônio estatal ou ao de entidades integrantes da administração descentralizada. Do procedimento que se deveria seguir não cuidou, nem tinha porque cuidar, o texto constitucional; seria até concebível, em linha de princípio, a solução da diversidade de ritos, adotado em cada caso aquele que melhor se adaptasse às peculiaridades da espécie. A jurisprudência dos nossos tribunais, entretanto, fixou-se na opinião de que, inexistindo rito específico, a ação popular havia de ser processada segundo o ordinário, regulado no Código de Processo Civil. Tal diretriz foi reafirmada em numerosas oportunidades, sobretudo diante das tentativas, que se fizeram, de utilizar para os fins do art. 141, § 38, o procedimento próprio do mandado de segurança.
>
> Ficou assente, de qualquer modo, a tese da auto-executabilidade do dispositivo constitucional, repelindo-se o entendimento de que a ação popular só se tornaria ajuízável quando lei ordinária viesse regulamentar a aplicação do art. 141, §38. Não foram tão poucas, aliás, as espécies de que, antes da Lei n.° 4.717, tomaram conhecimento os nossos órgãos judiciários. Nem tantas, por outro lado — registre-se a bem da verdade — que revelassem no meio social grande entusiasmo pelo uso do instrumento. Em país onde tamanha ênfase verbal *se* tem posto na denúncia da corrupção administrativa real ou suposta, poderia imaginar-se recepção mais calorosa

---

[3] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Prefácio à obra Ações Coletivas no direito comparado e nacional de Aluisio Gonçalves de Castro Mendes*. São Paulo: RT, 2002. Pp. 9-10.

[4] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Direito Processual Civil (Ensaios e Pareceres)*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1971.

[5] Op. cit. – Pp. 21 a 38.

[6] Op. cit. – Pp. 39 a 49.

[7] Op. cit. – Pp. 50 a 57.

[8] Op. cit. – Pp. 58 a 72.

[9] Op. cit. – Pp. 73 a 93.

[10] Op. cit. – Pp. 214 a 226.

[11] Op. cit. – Pp. 227 a 233.

[12] Op. cit. – Pp. 234 a 237.

[13] Op. cit. – Pp. 238 a 247.

[14] Op. cit. – Pp. 248 a 262.

> desse remédio colocado à disposição do povo para a correção *prática* e *efetiva,* não apenas *oratória,* de abusos e malversações.
>
> Seja como fôr, oportuna foi a regulamentação do dispositivo da Lei Maior. A matéria suscitava problemas específicos, a reclamar adequada solução através de expedientes procedimentais desconhecidos do Código. Não se dirá que a Lei n.° 4.717 — tentativa bem sucedida, após outras que se frustraram — haja descoberto, para todas as dificuldades, a melhor saída. Terá suas imperfeições e omissões, entre estas avultando, sem dúvida, a de preceito expresso que disponha sobre a suspensão, *in limine litis,* do ato impugnado ou de seus efeitos — único modo, em certos casos, de evitar danos irremediáveis ao patrimônio público. Mas representa apreciável contribuição para que mais eficazmente se possa exercer, por via judicial, o controle popular da atividade administrativa."[15]

E quanto aos efeitos subjetivos da coisa julgada em sede de ação popular, já em 1971, Barbosa Moreira lecionava que:

> "Quanto às dimensões subjetivas da coisa julgada, a doutrina anterior já estendia a autoridade desta a quaisquer colegitimados a agir: a decisão proferida na ação popular proposta pelo cidadão A vincularia os juízes de eventuais processos subseqüentes instaurados, contra as mesmas pessoas, com objeto e fundamento iguais, pelo cidadão B ou pelo cidadão C. A Lei n.° 4.717 consagrou a tese, no art. 18, com uma importante restrição: "A sentença terá eficácia de coisa julgada oponível *erga omnes,* exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova; neste caso, qualquer cidadão poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova". Explica-se a ressalva pela preocupação do legislador em evitar conluios que pudessem conduzir à "legitimação" judicial de atos irregulares e lesivos: se os interessados na sua manutenção encontrassem alguém disposto a servir-lhes de instrumento, .ajuizando demanda mal instruída, onde não se usassem os elementos probatórios disponíveis, a sentença que a repelisse, produzindo coisa julgada em face de todos, impediria a reabertura da discussão em juízo e poria a ilegalidade a salvo de posteriores impugnações. Daí a exceção admitida para a hipótese de rejeição do pedido por deficiência de prova." [16]

Já quanto a relação entre a ação popular e a Fazenda Pública, tem-se:

> "Será a ação popular uma ação *contra* a Fazenda Pública? Ao contrário do que possa à primeira vista parecer, a questão é de relevante interesse prático. Teve de enfrentá-la, em tema de prescrição, o Supremo Tribunal Federal, antes do advento da Lei n.° 4.717, de 29-6-1965. Invocara-se a norma do art. 178, § 10, inciso VI, do Código Civil, que alude a "toda e qualquer ação contra a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal", fixando em cinco anos o prazo prescricional. A Corte, em Acórdão relatado por seu atual Presidente, Luiz GALLOTTI, negou a incidência da regra no caso, assentando a tese de que, enquanto lei especial não dispusesse em contrário, a prescrição era a ordinária, regulada no art. 177.
>
> Hoje existe lei especial, já mencionada, cujo art. 21 estatui : "A ação prevista nesta lei prescreve em cinco anos", Mas ainda interessa examinar o problema à luz dos princípios, fazendo abstração dela. Com efeito, segundo a jurisprudência dominante em nossos tribunais, a lei que reduza prazo prescricional em curso, se o novo prazo fixado é menor do que aquele que faltava, pela lei antiga, para a consumação da prescrição, aplica-se imediatamente, mas *só a partir de sua entrada em vigor* . Ora, se antes da Lei n.° *4.717* a prescrição era a ordinária, ao iniciar-se a sua vigência, fluíam

[15] Op. cit. – Pp. 214 e 215.
[16] Op. Cit. – Pp. 223 e 224.

> sem dúvida inúmeros prazos prescricionais com resto superior a um qüinqüênio: é o que se dava em todas as hipóteses de atos praticados pelas pessoas jurídicas de direito público (ou pelas de direito privado que àquelas, para tal
> fim, se equiparassem, nos termos do art. 141, § 38, da Constituição ab-rogada) *havia menos de quinze anos.* Assim, em semelhantes casos, a prescrição somente se consumará em 1970.
>
> A diferente resultado haveria de chegar quem entendesse aplicável o art. 178, § 10, inciso VI, do Código Civil. .Nessa perspectiva, a Lei n.° 4.717 não teria modificado o prazo prescricional; portanto, mesmo em relação aos atos praticados *menos de cinco anos* antes de sua entrada em vigor, a prescrição consumar-se-á normalmente, com o decurso do qüinqüênio, sem que o advento do diploma específico exerça aí qualquer influência. Para o ato datado, por exemplo, de 31 de dezembro de 1960, a consumação já terá ocorrido, em 31 de dezembro de 1965."[17]
>
> ...
>
> "Se quiséssemos dar um toque literário ao encerramento destas breves reflexões, talvez nos víssemos tentados a dizer que há na ação popular algo de um jogo de perde-ganha. A imagem, como quase todas as imagens em matéria jurídica, teria muito de artificial. Sem dúvida, a Administração, ao sucumbir, lucra. Mas lucra também, posto que de outra forma, o autor popular, satisfeito que fica o seu interesse *de cidadão* no respeito às boas normas administrativas e à integridade do patrimônio público. O ganho que lhe traz o acolhimento do pedido consiste, essencialmente, em fazer ganhar a Fazenda — pois foi *em seu favor,* e não *contra ela,* que agiu.
>
> Acertou, portanto, o Supremo Tribunal Federal. E acertou igualmente o legislador quando redigiu os artigos 6.°, § 3.°, e 17 da Lei n.° 4.717. Um e outro revelaram exata compreensão da verdadeira natureza e finalidade da ação popular. Não merecia outra sorte um instituto, afinal, tão digno de apreço."[18]

Na Primeira Série dos Temas de Direito Processual[19], Barbosa Moreira apresentou o seu clássico estudo sobre Ação Popular que constitui a fundação da doutrina moderna que versa sobre o processo coletivo e a tutela coletiva.

O estudo em comento é intitulado *"A ação popular do Direito Brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados "interesses difusos"*[20], trabalho que inicialmente foi publicado nos *Studi in onore di ENRICO TULLIO LIEBMAN,* vol. IV, Milão, 1979, conforme notícias do próprio autor.

Valem destaque deste estudo as seguintes considerações do Mestre Barbosa Moreira, as quais têm notório valor histórico e científico em sede de tutela coletiva no Direito brasileiro. Pede-se licença aos leitores para a transcrição de "largos trechos", seja pela raridade da obra, seja pela importância do conteúdo:

> "Tem sabor de lugar-comum a observação de que a estrutura clássica, do processo civil, tal como subsiste na generalidade dos ordenamentos de nossos dias, corresponde a um modelo concebido e realizado para acudir fundamentalmente a situações de conflito entre interesses *individuais.* O campo de eleição dos instrumentos tradicionais de tutela judiciária é o das relações obrigacionais, com a rotineira contraposição entre duas pessoas, uma das quais se atribui a condição de credora e reclama do suposto devedor certa prestação. Basta lembrar que a um esquema desse tipo se vêem afinal reduzidas, no processo de

[17] Op. cit. – Pp. 227 e 228.

[18] Op. cit. – p. 233.

[19] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual (Primeira Série)*. — 2. ed. — São Paulo : Saraiva, 1988.

[20] Op. cit. – Pp. 110 a 123.

execução, situações originariamente dotadas de fisionomia jurídica diversa.[21]

...

Nas precedentes considerações não se teve a pretensão de exaurir a tipologia dos interesses supraindividuais, nem a de estabelecer uma classificação rigorosamente científica das suas diversas modalidades. Quisemos unicamente ressaltar três momentos característicos, sem ignorar que na realidade

objetiva a passagem de um a outro se faz, com freqüência, por graus insensíveis, e que a riqueza policrômica das situações da vida em sociedade não se deixa aprisionar num espectro intencionalmente esquemático, como o que acima se esboçou.

Mais estranha ainda às nossas cogitações do momento é qualquer tentativa de caracterizar dogmaticamente a terceira figura, a que em regra se têm aplicado, na Itália, as denominações de "interesses coletivos" ou "difusos"[22].

...

De qualquer maneira, é bem mais modesto o propósito que nos anima a redigir estas linhas. Não pretendemos versar *ex professo* a temática da proteção jurisdicional dos chamados "interesses difusos", mas apenas oferecer à consideração dos especialistas alguns dados referentes a um instrumento que, dentro de certos limites, pode servir e tem servido a esse fim no direito brasileiro. Trata-se da *ação popular,* arrolada entre as garantias constitucionais, desde 1934, por todas as Constituições do país (com a única exceção da Carta de 1937) e hoje contemplada no art. 153, § 31, do texto vigente (Const. da República de 1967, com a redação dada pela Emenda Const. n.° 1, de 17-10-1969), *verbis:* "Qualquer cidadão será parte legítima para propor ação popular que vise a anular atos lesivos ao patrimônio de entidades públicas".[23]

...

A solução da *legitimatio* concorrente e "disjuntiva" comporta riscos que a doutrina tem apontado 14. Um deles é o da colusão entre algum dos colegitimados e a autoridade responsável pelo ato irregular: não é inconcebível que se encontre um cidadão disposto a tomar a iniciativa da instauração do processo sem a intenção sincera de conseguir resultado favorável, mas, ao contrário, unicamente para provocar, mediante demanda mal instruída e condução negligente do feito, pronunciamento judicial que declare legítimo — valendo por autêntico *bill of indemnity.* — o ato na realidade eivado de vício. No processo da ação popular brasileira, tal perigo já se vê sensivelmente atenuado pela intervenção obrigatória do Ministério Público, na função de *custos legis* (Lei n.° 4.717, art. 6.°, § 4.°), em cujo exercício lhe toca não só "apressar a produção da prova" — conforme reza o dispositivo citado —, mas, em termos mais genéricos, "juntar documentos e certidões, produzir prova em audiência e requerer medidas ou diligências necessárias ao descobrimento da verdade" (Cód. Proc. Civil, art. 83, II, aplicável à ação popular, de acordo com o princípio geral da incidência subsidiária das normas codificadas quanto aos processos disciplinados por leis especiais, e com o preceito expresso do art. 22 da Lei n.° 4.717). Acrescentem-se a isso a ampla iniciativa conferida ao juiz na atividade de instrução (Lei n.° 4.717, arts. 1.°, § 7.°, e 7.°, I, *b)* e, ainda, a possibilidade aberta a qualquer *outro* cidadão de recorrer contra as decisões desfavoráveis ao autor (art. 19, § 2.°). A admitir-se que semelhantes expedientes deixem de revelar-se totalmente eficazes *in concreto,* nem assim se materializará com facilidade o risco acima indicado: opõe-lhe a lei forte obstáculo no tratamento peculiar — de que adiante nos ocuparemos

[21] Op. cit. – P. 110.

[22] Op. cit. – P. 113.

[23] Op. cit. – P. 114.

(v., *infra,* o item n.° 8) — dado à formação da coisa julgada sobre a sentença de mérito.[24]

...

Poder-se-ia temer, por outro lado, que o autor popular se valesse da possibilidade de desistir da ação (ou de dar causa, por negligência, à extinção do processo sem julgamento do mérito) como instrumento de pressão em face da Administração Pública, para dela arrancar vantagens ilegítimas, em troca da desistência ou do abandono da causa. Bem se concebe que o ajuizamento mesmo da ação já se houvesse inspirado antes nessa maquinação egoística do que no propósito honesto de defender o interesse coletivo. A Lei n.° 4.717 procurou atalhar manobras de tal gênero, determinando, no art. 9.°, que, nas hipóteses aventadas, se publiquem editais, para ciência dos co-legitimados, assegurando-se a qualquer outro cidadão — sem prejuízo da iniciativa do Ministério Público, a que acima se aludiu – o direito de promover o prosseguimento do feito, dentro do prazo de noventa dias a contar da última publicação.[25]

Há enfim o problema do *custeio* do processo, que com **freqüência** agita aos olhos do cidadão zeloso, mas de parcos recursos, fantasma **não** facilmente exorcizável, arrefecendo-lhe o ânimo de ir a juízo **em prol do** interesse coletivo. Busca a Lei n.° 4.717 afastar esse possível motivo de abstenção, eliminando o ônus do pagamento antecipado das custas (art. 10) e estatuindo que, no caso de procedência do pedido, se condenem os réus a reembolsar o autor de todas as despesas, judiciais e extrajudiciais, diretamente relacionadas com o feito — desde, é claro, que comprovadas —, além dos honorários de advogado (art. 12). Essas disposições acham contrapartida na regra do art. 13, consoante a qual, se **o** juiz, ao apreciar o fundamento de direito em que se baseia o autor, julgar a lide" manifestamente temerária, condenará aquele ao pagamento do décuplo das custas; com isso, à evidência, quer-se desestimular as iniciativas sem seriedade, maliciosas, mal intencionadas, nascidas de mero capricho ou do desejo de intimidar ou pôr em situação incômoda perante a opinião pública autoridades pouco dispostas a satisfazer pretensões ilegítimas.[26]

...

Disciplina interessante é a da legitimação *passiva* para a causa. De acordo com o art. 6.° da Lei n.° 4.717, a ação popular deve ser proposta contra a entidade supostamente lesada em seu patrimônio (no sentido *amplo* acima exposto), "contra as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissão, tiverem dado oportunidade à lesão, e contra os beneficiários diretos do ato", se os houver. O dispositivo é rigoroso, e sua redação chega a ser redundante, no afã de não deixar de lado quem quer que haja contribuído para a realização do ato, ou dele tirado proveito.

...

Antes da Lei n.° 4.717, discutia-se se o pronunciamento judicial que acolhesse a demanda havia de ter natureza apenas declaratória (na hipótese de ato nulo) ou constitutiva (na de ato anulável), ou se devia também impor condenação aos responsáveis. O art. 11 daquele diploma legal resolveu expressamente a controvérsia no segundo sentido: "A sentença que, julgando procedente a ação popular, decretar a invalidade do ato impugnado, condenará ao pagamento de perdas e danos os responsáveis pela sua prática e os beneficiários dele, ressalvada a ação regressiva contra os funcionários causadores de dano, quando incorrerem em culpa". Endereça-se o preceito diretamente ao juiz, a quem caberá, se for o caso, proferir a condenação *ainda que* o autor popular não a tenha

[24] Op. cit. – p. 118.

[25] *Idem*.

[26] Op. cit. – P. 119.

> pedido: aqui se abre exceção à regra proibitiva do julgamento *extra petitum*.[27]"

Encontrando-se a tutela coletiva no Direito brasileiro amparada numa conceituação de direitos coletivos *lato sensu*, que é dividida em três conceitos setoriais correspondentes a cada uma das espécies, quais sejam difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos, e não existindo dúvidas que todos estes conceitos caminham próximos ao que a doutrina vem denominando de cláusulas abertas ou conceitos jurídicos indeterminados, parece importante destacar o estudo "Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados"[28], escrito pelo Mestre em dezembro de 1977, e colacionados no volume Segunda Série de Temas de Direito Processual.

Na Quarta Série[29] dos estudos Temas de Direito Processual, Barbosa Moreira versa ao longo de seus estudos sobre matérias que afetam o processo civil como gênero, de modo a certamente encontrarem-se estes pensamentos relacionados de forma imediata ou remota com o tema da tutela coletiva, já que o Processo Coletivo vem sendo tratado como espécie do Direito Processual. Em primeiro lugar discorre sobre *Os temas fundamentais do direito brasileiro nos anos 80: DireitoProcessual Civil*[30], depois sobre a *Sobre a multiplicidade de perspectivas no estudo do processo*[31], depois sobre as ***Dimensiones sociales del proceso civil***[32], em quarto sobre o *O problema da "divisão do trabalho" entre juiz e partes: aspectos terminológicos*[33], sobre *Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo*[34] e *Sobre a "participação" do juiz no processo civil*[35]. Ainda sobre as partes no processo civil, analisa ***La igualdad de las partes en el proceso civil***[36]*.* Para concluir realiza estudo *Sobre pressupostos processuais*[37], concluindo com *A competência como questão preliminar e como questão de mérito*[38].

Da Quarta Série de Temas de Direito Processual, à luz do tema proposto, parece indispensável à transcrição do parágrafo de abertura do primeiro estudo da obra, na qual Barbosa Moreira indica a busca de novos meios para satisfação das tutelas que não mais se baseiam no modelo individualista vigente:

> "Em trabalho escrito há cerca de dois anos, pareceu-nos possível resumir em três lemas as "tendências contemporâneas do Direito Processual Civil" captadas numa perspectiva comparatística, abrangente ao menos do conjunto dos ordenamentos que compõem — como o brasileiro — a "família romano-germânica". Pusemos em relevo, antes de tudo, o deslocamento da tônica, nas preocupações da doutrina, da elaboração conceptual e da construção sistemática — predominantes ao longo de um século, desde os albores do movimento de afirmação científica do direito

---

[27] Op. cit. – P. 120.

[28] BARBOSA MOREIRA, José Carlos Barbosa, *Temas de direito processual : segunda série / José Carlos Barbosa Moreira.* — 2. ed. — São Paulo : Saraiva, 1988. – Pp. 61 a 72.

[29] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual: quarta série / José Carlos Barbosa Moreira.* — São Paulo: Saraiva, 1989.

[30] Op. cit. – Pp. 01 a 10.

[31] *Idem*. P. 11 a 22.

[32] Op. cit. – Pp. 23 a 34.

[33] Op. cit. – Pp. 35 a 44.

[34] Op. cit. – Pp. 45 a 52.

[35] Op. cit. – Pp. 53 a 66.

[36] Op. cit. – Pp. 67 a 82.

[37] Op. cit. – Pp. 83 a 94.

[38] Op. cit. – P. 95 e ss.

> processual como disciplinaautônoma, em meados da centúria anterior, até há uma ou duas décadas —, para os problemas relacionados com a melhor realização prática da função do processo, ou, se se preferir, com a "efetividade" deste. **Salientamos também a transmigração do direito processual, de uma atmosfera ideologicamente impregnada do liberalismo individualista, sob cujo primado se cumpriu a maior parte do seu próprio processo de maturação como ciência, para um ambiente marcado pela progressiva acentuação das exigências de ordem social, com a conseqüente necessidade de novas formas de tutela, para o trato de situações mais ou menos distanciadas dos esquemas clássicos de contraposição entre um credor e um devedor, e com a tomada de consciência de que os litígios interindividuais assumem, eles mesmos, quando convertidos em objeto da atividade judicial, uma dimensão que transcende a esfera privada dos litigantes e passa a pôr em jogo interesse e valores peculiares à comunidade**. Acentuamos, enfim, o impacto, no mundo processual, da sempre crescente importância das relações internacionais em nosso tempo, a refletir-se em fenômenos como o da facilitação do reconhecimento de sentenças alienígenas e da cooperação entre as Justiças de países diferentes, ou como o da equiparação do direito estrangeiro ao brasileiro, no que concerne ao tratamento processual (submissão ao princípio *iura novit curia;* controlabilidade, em termos iguais, da solução dada *quaestio iuris).* Daí havermos sintetizado as linhas de força nesta tríade: "do abstrato ao concreto"; "do individual ao social"; "do nacional ao internacional".”[39] – grifos nossos.

E ainda, no mesmo estudo de fevereiro de 1985 :

> “A crescente pressão do "social" no mundo do processo impele-o ao reajuste dos instrumentos de tutela, ou ao fabrico de novos, para atender de modo conveniente a interesses, de relevância cada vez maior, que ultrapassam o nível individual para entender com a vida de comunidades às vezes amplíssimas. **De alguns anos para cá, vem exercendo atração sobre muitos a problemática referente à proteção jurisdicional desses interesses, ditos "coletivos" ou "difusos", que para nós se caracterizam pela pertinência a uma série indeterminada (e praticamente indeterminável) de sujeitos e pela indivisibilidade do objeto, com a conseqüente comunhão de destino dos titulares, tal que a satisfação de um só implica por força a satisfação de todos, assim como a lesão de um só constitui, *ipso jacto,* lesão da inteira coletividade**: por exemplo, interesses relacionados com a defesa do meio ambiente, ligados a valores culturais e espirituais, orientados para a "proteção do consumidor". . . Institutos não tão recentes, como a ação popular, têm sido revistos e redimensionados à luz dessas idéias; e já atingem a área legislativa os esforços para alargar as possibilidades de tutela, consoante atesta o Projeto de lei n.° 3.034, de 1984, que visa á disciplinar as ações de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente ou a valores artísticos, estéticos, históricos, turísticos e paisagísticos, dilatando a legitimação ativa *ad causam'*— da qual passarão a gozar, além do Ministério Público, da União, dos Estados, dos Municípios e outras entidades administrativas, as associações civis que, constituídas há pelo menos seis meses, incluam entre seus fins institucionais a proteção dos referidos interesses.”[40] – grifos nossos.

[39] Op. cit. – Pp. 01 e 02.

[40] Op. cit. – P. 08.

Dos estudos constantes da Quinta Série[41], destacam-se quanto ao tema, *O processo civil brasileiro: uma apresentação*[42], *A Justiça no limiar de novo século*[43], ***Les principes fondamentaux de la procédure civile dans la nouvelle Constitution brésilienne***[44], *O direito à assistência jurídica: evolução no ordenamento brasileirode nosso tempo*[45] e ***La iniciativa en la defensa judicial de los intereses difusos y colectivos (Un aspecto de la experiência brasilena)***[46], de abril de 1992, destacando-se deste último a seguinte passagem:

> *"Los conceptos de "interés difuso" y de "interés colectivo", desde hace mucho empleados por la doctrina, aunque no siempre en forma unívoca1, están ahora, entre nosotros, legalmente fijados. En efecto, el art. 81, párrafo único, de la Ley n. 8.078, define ambas categorías: difusos son los intereses "transindividuales, de naturaleza indivisible, de que sean sujetos personas indeterminadas y ligadas por circunstancias de hecho" (n? I); colectivos son los intereses "transindividuales, de naturaleza indivisible, de que sea sujeto un grupo, una categoría o una clase de personas ligadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica — base". Es fácil notar que hay dos características comunes: la "transindividualidad" y la "naturaleza indivisible", lo que significa que los interesados se hallan siempre en una especie de comunión tipifi cada por el hecho de que la satisfacción de uno solo implica necesariamente la satisfacción de todos, así como la lesión de uno solo constituye, ipso facto, lesión de la entera comunidad. Pero en el segundo caso existe algo que falta en el primero: una relación jurídica — base entre los interesados, o entre estos y un tercero ("la parte contraria"). Se calificará como difuso, por ejemplo, el interés de los habitantes de cierta región en la preservación de la pureza del agua de los ríos que la bañan, indispensable para el uso personal y doméstico; será colectivo, en cambio, el interés de los estudiantes de una universidad en la regularidad de las clases.[47]"*

Na Sexta Série dos Temas de Direito Processual[48] destacam-se os estudos *A Justiça e nós*[49], *Efetividade do processo e técnica processual*[50], ***Tendenze evolutive del processo civile***[51], *Miradas sobre o processo civil contemporâneo*[52], *Os novos rumos do processo civil brasileiro*[53], *As reformas do Código de Processo Civil: condições de uma avaliação objetiva*[54], *Ação civil pública e programação da TV*[55].

Na *Sétima Série*[56] de *Temas de Direito Processual*, Barbosa Moreira discorreu sobre as *Reformas Processuais*[57], *Privatização do Processo*[58], ***Evoluzione***

---

[41] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual: quinta série / José Carlos Barbosa Moreira.* — São Paulo : Saraiva, 1994.

[42] Op. cit. – Pp. 01 a 24.

[43] Op. cit. – Pp. 25 a 38.

[44] Op. cit. – Pp. 39 a 48.

[45] Op. cit. – P. 49 e ss.

[46] Op. cit. – p. 163 e ss.

[47] Op. cit. – Pp. 163 e 164.

[48] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual : sexta série / José Carlos Barbosa Moreira.* — São Paulo : Saraiva, 1997.

[49] Op. cit. – Pp. 01 a 16.

[50] Op. cit. – Pp. 17 a 30.

[51] Op. cit. – Pp. 31 a 44.

[52] Op. cit. – Pp. 45 a 62.

[53] Op. cit. – Pp. 63 a 80.

[54] Op. cit. – P. 81 e ss.

[55] Op. cit. – Pp. 239 a 254.

[56] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de Direito Processual – Sétima série*. São Paulo: Saraiva, 2001.

[57] Op. Cit. – Pp. 01 a 06.

della Scienza Processuale Latino-Americana in mezzo secolo[59], *Notas sobre alguns aspectos do Processo (Civil e Penal) nos países anglo-saxônicos* e ***Le Code-Mod ele de Procédure Civile pour L´Amérique Latine de L´Institut Ibéro-American de Droit Processuel***[60]***.***

Dos estudos constantes da *Oitava Série* de *Temas de Direito Processual*, destacam-se para o estudo ora realizado *O futuro da Justiça: alguns mitos*[61]*, Por um processo socialmente efetivo*[62]*, O Processo, as Partes e a Sociedade*[63]*, O Processo Civil brasileiro entre dois mundos*[64]*, A Ação Civil Pública e a língua portuguesa*[65]*, Duelo e Processo*[66]*,A importação dos modelos jurídicos*[67]*, O controle judicial da televisão*[68] *e O Direito em tempos de Globalização*[69]

Na última coletânea publicada no ano de 2007, qual seja a *Nona Série* de *Temas de Direito Processual*, para os fins deste estudo, destacam-se *O Processo Civil Contemporâneo: um enfoque comparativo*[70], *Correntes e contracorrentes no Processo Civil Contemporâneo*[71]*, O Neo-privatismo no Processo Civil*[72]*,* ***La significación de las reformas procesales***[73]*, Harmonização dos ordenamentos processuais civis na América Latina*[74]*,* ***Proceso y Cultura Latinoamericana***[75]***,*** *A expressão "competência funcional" no art. 2º da Lei da Ação Civil Pública*[76] e *O problema da duração dos processos: premissas para uma discussão séria*[77] .

Resta demonstrado que o Professor Barbosa Moreira, desde antes da década de 1970, vinha se dedicando aos temas gerais do Direito Processual e a temas específicos relacionados ao Processo Coletivo, traçando "rotas de orientação" para os demais processualistas da sua e das próximas gerações.

---

[58] Op. Cit. – Pp. 07 a 18.
[59] Op. Cit. – Pp. 145 a 154.
[60] Op. Cit. – Pp. 191 a 200.
[61] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de Direito Processual – Oitava Série*. São Paulo: Saraiva: 2004. Pp. 01 a 13.
[62] Op. cit. – Pp. 15 a 27.
[63] Op. Cit. – Pp. 29 a 40
[64] Op. Cit. – Pp. 41 a 52.
[65] Op. Cit. – Pp. 177 a 181.
[66] Op. Cit. – Pp. 211 a 221.
[67] Op. Cit. – Pp. 255 a 266.
[68] Op. Cit. – Pp. 267 a 274.
[69] Op. Cit. – Pp. 275 a 285.
[70] Op. Cit. – Pp. 39 a 54.
[71] Op. Cit. – Pp. 55 a 67.
[72] Op. Cit. – Pp. 87 a 101.
[73] Op. Cit. – Pp. 103 a 117.
[74] Op. Cit. – Pp. 119 a 124.
[75] Op. Cit. – Pp. 125 a 128.
[76] Op. Cit. – Pp. 353 a 365.
[77] Op. Cit. – Pp. 367 a 377.

5.1.2. ADA PELLEGRINI GRINOVER[78]

A Professora Ada Pellegrini Grinover possui participação efetiva na introdução e implementação da tutela coletiva no Direito brasileiro.

Em *A Marcha do Processo* encontram-se os seguintes estudos relacionados a tutela coletiva no Direito brasileiro e comparado: *Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos*[79]*, A ação civil pública no STJ*[80], *A ação popular*

---

[78] Professora Titular (Aposentada) de Direito Processual da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco da Universidade de São Paulo (USP). Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Elaboradora de diversos anteprojetos de lei sobre processo individual e coletivo.

Vale conhecer o *Saudação a Ada Pellegrini Grinover*, das penas do Mestre Barbosa Moreira, constante da Sexta Série de Temas de Direito Processual, Pp. 319 a 324.

[79] "**1.** O estudo dos interesses coletivos ou difusos surgiu e floresceu na Itália nos anos 70. Denti, Cappelletti, Proto Pisani, Vigoriti, Trocker anteciparam o Congresso de Pavia de 1974, que discutiu seus aspectos fundamentais, destacando com precisão as características que os distinguem: indeterminados pela titularidade, indivisíveis com relação ao objeto, colocados a meio caminho entre os interesses públicos e os privados, próprios de uma sociedade de massa e resultado de conflitos de massa, carregados de relevância política e capazes de transformar conceitos jurídicos estratificados, como a responsabilidade civil pelos danos causados no lugar da responsabilidade civil pelos prejuízos sofridos, como a legitimação, a coisa julgada, os poderes e a responsabilidade do juiz e do Ministério Público, o próprio sentido da jurisdição, da ação, do processo.

2. Em pouco tempo, tornou-se clara a dimensão social desses interesses. Surgia uma nova categoria política e jurídica, estranha ao interesse público e ao privado. Interesse público, entendido como aquele que se faz valer em relação ao Estado, de que todos os cidadãos são partícipes (interesse à ordem pública, à segurança pública, à educação) e que suscita conflitos entre o indivíduo e o Estado. Interesses privados, de que é titular cada pessoa individualmente considerada, na dimensão clássica dos direitos, subjetivos, pelo estabelecimento de uma relação jurídica entre credor e devedor, claramente identificados.

Ao contrário, os interesses sociais são comuns a um conjunto de pessoas, e somente a estas. Interesses espalhados e informais à tutela de necessidades coletivas, sinteticamente referíveis à qualidade de vida. Interesses de massa, que comportam ofensas de massa e que colocam em contraste grupos, categorias, classes de pessoas. Não mais se trata de um feixe de linhas paralelas, mas de um leque de linhas que convergem para um objeto comum e indivisível. Aqui se inserem os interesses dos consumidores, ao ambiente, dos usuários de serviços públicos, dos investidores, dos beneficiários da previdência social e de todos aqueles que integram uma comunidade compartilhando de suas necessidades e seus anseios.

3. O reconhecimento e a necessidade de tutela desses interesses puseram em relevo sua configuração política. Deles emergiram novas formas de gestão da coisa pública, em que se afirmaram os grupos intermediários. Uma gestão participativa, como instrumento de racionalização do poder. que inaugura um novo tipo de descentralização, não mais limitada ao plano estatal (como descentralização político-administrativa). mas estendida ao plano social, com tarefas atribuídas aos corpos intermediários e às formações sociais, dotados de autonomia e de funções específicas. Trata-se de uma nova forma de limitação ao poder do Estado, em que o conceito unitário de soberania, entendida como soberania absoluta do povo, delegada ao Estado, é limitado pela soberania social atribuída aos grupos naturais e históricos que compõem a nação.

Em conseqüência, a teoria das liberdades públicas forjou uma nova "geração" de direitos fundamentais. Aos direitos clássicos de primeira geração, representados pelas tradicionais liberdades negativas, próprias do Estado liberal, com o correspondente dever de abstenção por parte do Poder Público; aos direitos de segunda geração, de caráter econômico-social, compostos por liberdades positivas, com o correlato dever do Estado a uma obrigação de *"dare", "facere"* ou *"praestare",* acrescentou-se o reconhecimento dos direitos de terceira geração, representados pelos direitos de solidariedade, decorrentes dos interesses sociais. E assim foi que o que aparecia inicialmente como mero interesse elevou-se à dimensão de verdadeiro direito, conduzindo à reestruturação de conceitos jurídicos, que se amoldassem à nova realidade.

4. Mas não bastava reconhecer os direitos de solidariedade. Era preciso que o sistema jurídico os tutelasse adequadamente, assegurando sua efetiva fruição. Da declaração dos novos direitos era necessário passar à sua tutela efetiva, a fim de se assegurarem concretamente as novas conquistas da cidadania. E como cabe ao direito processual atuar praticamente os direitos ameaçados ou violados, a renovação fez-se sobretudo no plano do processo.

De um modelo processual individualista a um modelo social, de esquemas abstratos a esquemas concretos, do plano estático ao plano dinâmico, o processo transformou-se de individual em coletivo, ora inspirando-se no sistema das *class actions* da *common law,* ora estruturando novas técnicas, mais aderentes à realidade social e política subjacente. E nesse campo o Brasil tem algo a dizer.

5. Mais pragmático, o direito processual brasileiro partiu dos exercícios teóricos da doutrina italiana dos anos 70, para construir um sistema de tutela jurisdicional dos interesses difusos que fosse imediatamente operativo.

Em 1981, a Lei Ambiental nº. 6.938 estabeleceu legitimação do Ministério Público às ações de responsabilidade penal e civil (sen-lo esta reconhecida como de natureza objetiva) pelos danos provocados ao ambiente. E, desde 1977, uma reforma à lei da ação popular constitucional, de 1965, considerava "patrimônio público" os bens e direitos de valor artístico, estético, histórico ou turístico.

Diversas ações populares em defesa de interesses difusos ligados ao meio ambiente foram ajuizadas, enquanto o dispositivo legal da lei ambiental permanecia no papel, dada a falta de resposta processual a questões relevantes, como o regime da coisajulgada ou os controles sobre o exercício da ação. Mas a ação popular não tinha condições de cobrir o amplo

portuguesa: uma análise comparativa[81].

No seu *O Processo em Evolução*, quanto a tutela coletiva podem ser destacados os seguintes ensaios: *Mandado de segurança coletivo: legitimação, objeto e coisa julgada*[82], *O Código de Defesa do Consumidor no sistema socioeconômico brasileiro*[83], *Acesso à justiça e o Código de Defesa do Consumidor*[84], *O novo processo do consumidor*[85], ***I processi collettivi del consumatore nella prassi brasiliana***[86], *A coisa julgada perante a Constituição, a*

---

espectro da tutela dos interesses difusos, nem mesmo pelo que respeitava ao meio ambiente, uma vez que seu exercício ainda permanece subordinado a uma ilegalidade proveniente da conduta comissiva ou omissiva do Poder Público, enquanto a ameaça ou violação dos interesses difusos freqüentemente provém de ações privadas. Por outro lado. a legitimação, atribuída exclusivamente ao cidadão, excluía os corpos intermediários, mais fortes e preparados do que o indivíduo à luta contra ameaças ou lesões ambientais.

Veio assim à luz, em 1985, a Lei n- 7.347 sobre a denominada ação civil pública, destinada à tutela do ambiente e do consumidor, na dimensão dos bens indivisivelmente considerados e conseqüentemente dos interesses difusos propriamente ditos. A Constituição de 1988, depois, sublinhou em diversos dispositivos a importância dos interesses coletivos: em primeiro lugar. elevando em nível constitucional a defesa de todos os interesses difusos e coletivos, sem limitações quanto à matéria, como função institucional do Ministério Público - extremamente autônomo e independente no Brasil-, mas permitindo à lei a ampliação da legitimação ativa (art. 129, III e § 1^2); referindo-se, depois, à representação judicial e extrajudicial das entidades associativas para a defesa de seus próprios membros (art. 52, XXI); criando o mandado de segurança coletivo, com a legitimação dos partidos políticos, dos sindicatos e das associações legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano (art. 5º, LXX); e ainda destacando a função dos sindicatos para a defesa dos direitos e interesses coletivos e individuais da categoria (art. 89.. III) e salientando a legitimação ativa dos índios e de suas comunidades e organizações para a defesa de seus interesses ou direitos (art. 232)."

[80] "*Sumário: 1. A dimensão social, política e juridica da tutela jurisdicional dos interesses transindividuais; 2. Um novo Poder Judiciário; 3. A ação civil pública no STJ; 4. A atuação do ST J perante a ação civil pública; 4.1. Interesses individuais homogêneos; 4.2. A legitimação do MP para a tutela de interesses individuais homogêneos; 4.3. Competência; 4. A coisa julgada de abrangência nacional; 4.5. A identidade parcial de demandas; 5. Questões novas; 5.1. A coisa julga da de abrangência nacional após a Lei r# 9.494, de 10 de setembro de 1997; 5.2. A ação civil pública refém do autoritarismo: a Medida Provisória r# 1.798-1, de 11 de fevereiro de 1999; 5.3. O IDEC e as cadernetas de poupança; 6. Conclusões."*

[81] "*Sumário: 1. Introdução; 2. Objeto de lei; 3. Interesses protegidos; 4. Legitimação; 5. Coisa julgada; 6. O controle pelo Ministério Público; 7. Os poderes do juiz; B. Provimentos jurisdicionais cabíveis; 9. Outras questões em aberto; 10. Conclusão."*

[82] "*SUMÁRIO: 1. A utilização do mandado de segurança coletivo nos tribunais. 2. Princípios fundamentais do mandado de segurança. 2.1. O mandado de segurança como ação de eficácia potenciada. 2.2. Mandado de segurança e efetividade do processo. 3. O mandado de segurança e." intérprete. 3.1. A legitimação para li ação de segurança. 3.2. Interesses difusos e coletivos e direitos individuais, coletivamente tratados. 3.3. O objeto da segurança coletiva 3.4. O regime da coisa julgada nas ações coletivas. 3.4.1. A coisa julgado no mandado de segurança coletivo. 4. Conclusões. Bibliografia.*

...

Criado pela Constituição de 1988, no inc. LXX do art. 5º, norma de eficácia plena ou auto-aplicável, o mandado de segurança coletivo vem sendo amplamente utilizado, mesmo antes de sua regulamentação legislativa. O que é sem dúvida correto, mas tem provocado diversas manifestações dos tribunais, nem sempre harmônicas e por vezes incorretas.

...

3.2. Em termos de direitos ou interesses coletivos, logo se vê que existem diversos graus de coletivismo, abrangendo desde os mais espalhados, passando por outros mais restritos e chegando a direitos individuais que, por sua homogeneidade, podem receber tratamento coletivo."

[83] "*SUMÁRIO: 1. O direito do consumidor. 2. O consumidor brasileiro na Constituição de 1988. 3. O Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. 4. A defesa do consumidor em juízo. 5. Conclusões."*

[84] "*SUMÁRIO: 1. Acesso à justiça e acesso à ordem jurídica justa. 2. O acesso à ordem jurídica justa no quadro participativo. 3. Assistência jurídica na sociedade contemporânea. 4. Acesso à justiça para os novos conflitos. 5. A superação dos dogmas da processualidade clássica. 5.1. A legitimação às ações coletivas. 5.2. A coisa julgada. 5.3. Os poderes do juiz. 6. Os desafios para os novos esquemas de acesso à justiça. 7. Conclusões."*

[85] "*SUMÁRIO: I. A tutela jurisdicional dos direitos e interesses do consumidor. 2. As* ***class actions*** *brasileiras. 2.1. A* ***class action*** *no sistema norte-americano. 2.2. As* ***class actions for damages*** *em outros países de* ***common law****; 2.3. As ações de classe no sistema brasileiro. 3. As ações coletivas para a defesa de interesses individuais homogêneos no Código de Defesa do Consumidor. 4. O regime da coisa julgada nos processos coletivos. 4.1. A extensão subjetiva da coisa julgada e a fórmula da* ***adequacy of representation****. 4.2. A "representatividade adequada" no sistema brasileiro. 4.3. A opção do Código: a coisa julgada* ***secundun eventum litis****. 4.4. Efeitos da sentença coletiva nas ações individuais: a ampliação do objeto do processo. 4.5. Litispendência. Continência e coisa julgada. 5. Conclusão."*

[86] "*SUMÁRIO: I. I processi collettivi dei consumatore nella legge 24 luglio 1985, nU 7.347 e nel codice di difesa de! consumatore. 2. Diritti o interessi diffusi, collettivi e individuali omogenei. 3. Segue: esempi nella prassi giudiziaria. 4. Segue: il regime di limiti soggettivi dei giudicato. 5. Portata dei giudicato erga omnes. 6. Problemi sulla continenza. 7. Alcune resistenze ai riconoscimento della categoria degli interessi individuali omogenei. 8. Segue: sulla legitimazione dei PM. 9. Alcune dijficoltà sullafluid recovery. 10. Conclusione.*

...

Come già scrivemmo per illettore italiano, I la tutela dei consumatori in giudizio e stata instaurata in Brasile dalla 1. 24 luglio 1985, n. 7.347 - la cosiddetta legge sull' azione civile pubblica - che ha previsto la legittimazione del Pubblico Ministero,

Lei da Ação Civil Pública, o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código de Defesa do Consumidor[87].

No *Processo em sua Unidade – II*, destaca-se o artigo *Novas tendências na tutela jurisdicional dos interesses difusos*[88], de dezembro de 1983, no qual se lê:

> "7.1 - Em primeiro lugar, é o dado político que altera o conceito de processo, não mais entendido como clássico instrumento de solução de lides intersubjetivos, mas transformado em meio de solução de conflitos metaindividuais, por isso mesmo tipicamente políticos.[2Q] Assim como se modifica o conceito de processo, muda o de ação, a qual se transforma em meio de participação política, numa noção aberta de ordenamento jurídico, em contraposição à fechada rigidez que deriva das situações substanciais tradicionais. Nesse contexto, a ação consagra uma operação política do direito, provocada pela inadequação das técnicas tradicionais. E a jurisdição, atuando através de instrumentos renovados e impulsionada por um distinto poder, tem transmudada a sua própria finalidade funcional, que se desloca, de mera atuação do direito objetivo, para o papel promocional da aquisição de uma consciência do "coletivo" e do "social". A tutela jurisdicional de situações não mais meramente individuais transforma-se na expressão de um modo de apropriação coletiva de bens comuns e, contemporaneamente, na manifestação de uma necessidade de participação, por intermédio da justiça.

---

dell 'Unione, Stati e Municipi, degli organi dell' amministrazione diretta e indiretta e delle associazioni precostituite da per 10 meno un anno alle azione tendenti ad una condanna ad un obbligo di fare o non fare ovvero ai risarcimento dei danno.

Ma la legge del 1985 trattava esclusivamente dei beni collettivi indivisibilrnente considerati. Ed esattamente per questa ragione, la normativa poté essere applicata ampiamente ai consumatori solo per le pretese tendenti all' obbligo di fare o di non fare."

[87] "Quais são as conclusões que, em síntese, podem ser extraídas das linhas desta exposição com relação às inovações trazidas pela nova legislação brasileira, no que diz respeito ao instituto da coisa julgada? Em primeiro lugar, a natureza jurídica da coisa julgada não se modificou, continuando a existir como qualidade de imutabilidade da sentença. Em segundo lugar, a extensão da coisa julgada a terceiros está ínsita na sentença coletiva que decide a respeito de interesses indivisivelmente considerados e, por estar ínsita, já conhecíamos desde 1965 a solução da Lei da Ação Popular. E temos outras hipóteses de extensão a terceiros da coisa julgada até no direito processual clássico. Por exemplo, no caso de anulação de uma deliberação social, esta é anulada para todos, ou não é anulada para ninguém. Não há como, em casos de litisconsórcio unitário, excluir da coisa julgada nem mesmo os terceiros. Em terceiro lugar, lembraria que a coisa julgada de acordo com o resultado do processo - a coisa julgada *erga amnes, secundum eventum litis* - foi inaugurada discretamente pela Lei da Ação Popular, quando cuidou daquele temperamento: insuficiência de provas ... não há coisa julgada no mérito. Essa disciplina da coisa julgada não deixava de ser um primeiro passo para a coisa julgada de acordo com o resultado do processo. A mesma solução foi incorporada pela Lei da Ação Civil Pública.

Outra conclusão é a de que o Código de Defesa do Consumidor adotou, franca e corajosamente, a coisa julgada *erga omnes* mas *secundum eventum litis,* quando se tratar de direitos e interesses divisíveis, que possam, portanto, ser fragmentados. Uma série de razões políticas convenceu o legislador quanto à conveniência desse sistema, para não prejudicar as posições individuais daqueles que não participaram da demanda.

Conclui-se ainda que todo esse regime da coisa julgada se transporta do Código de Defesa do Consumidor para as ações civis públicas de qualquer natureza, inclusive aquelas expressamente previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Finalmente, como última conclusão, não se revela doutrinariamente correto afirmar que o Código de Defesa do Consumidor ampliou objetivamente os limites da coisa julgada, porque, quando há o transporte de uma coisa julgada do processo em defesa de interesses difusos e coletivos para beneficiar as vítimas do mesmo dano, o que ocorre parece ser antes uma ampliação do objeto da demanda.

Eram essas as considerações que eu queria inicialmente fazer. Agradeço a todos pela atenção com que me ouviram, aguardando agora os debates para prosseguirmos com o nosso diálogo."

[88] "SUMÁRIO: 1 - *A preocupação com* o *problema;* 2 - *Distinção terminológica;* 3 - *As notas essenciais dos interesses difusos;* 4 - *Interesses difusos como interesses de massa;* 5 - O *aspecto político da tutela;* 6 - *Tutela constitucional e órgãos governamentais;* 7 - *Tutela jurisdicional;* 7.1 - Os *conceitos processuais clássicos frente à tutela jurisdicional dos interesses difusos;* 7.2 - *A superação dos esquemas tradicionais;* 7.3 - *As alternativas da legitimação para agir;* 7.4 - *A tutela jurisdicional dos interesses coletivos e difusos, no Brasil;* 7.5 - Os *novos rumos no sistema brasileiro;* 7.5.1 - *A legitimação das associações* é *do indivíduo às ações coletivas;* 7.5.2 - *A ação popular constitucional como instrumento de tutela de certos interesses difusos;* 7.5.3 - *A lei de proteção ao meio ambiente;* 7.5.4 - *As sugestões "de lege ferenda"* e o *Anteprojeto de lei para a tutela jurisdicional do meio ambiente."*

...

7.2 - Em *segundo* lugar, a tutela jurisdicional dos inte*resses* difusos exige uma superação do modelo tradicional do processo, com a adoção de novas técnicas que permitam a proteção adequada de interesses metaindividuais. Como nota Barbosa Moreira, tem sabor de lugar-comum a observação de que a estrutura clássica do processo civil corresponde a um modelo concebido e realizado para acudir fundamentalmente à situação de conflito entre interesses individuais. E no processo penal a situação, embora diversa, também se cristaliza em um enfoque rígido, no qual o Ministério Público age no interesse público, como órgão do Estado.

Institutos como a legitimação e o interesse de agir, a re-presentação e a substituição processual, a ciência bilateral dos atos processuais e o contraditório, os limites subjetivos e objetivos da coisa julgada, os poderes do juiz e a função do MP, foram construídos para o processo clássico e continuam perfeitamente a reger as relações interindividuais ou as relações Estado-indivíduo, que sem dúvida ainda se revestem de grande importância na vida contemporânea. Mas não se adaptam, em sua configuração tradicional, às novas situações, em que se acham envolvidas coletividades mais ou menos amplas de pessoas.

O esquema clássico, mostra Cappelletti apresenta-se nos seguintes termos: a) 0 processo civil, envolvendo, via de regra, situações individualistas, de caráter privado, concede a legitimação para agir ao sujeito que é (ou que se afirma) titular da relação jurídica material deduzida em juízo; b) o processo penal, envolvendo interesse público, legítima para a ação, via de regra, a parte também pÚblica, que representa o Estado. E quando, no processo civil, se vislumbra um elemento "público" (como *v. g.,* nas ações que versam sobre o estado das pessoas), o ordenamento tende a legitimar para a ação, ou ao menos à intervenção, o MP que, como representante do Estado, é "titular" do direito público.

...

7.3 - As alternativas de legitimação para agir, na tutela jurisdicional dos interesses difusos, são as seguintes: a) atribuir a legitimação a todos os membros da coletividade, separadamente; b) atribuí-la exclusivamente aos representantes de grupos e associações que tenham como fim institucional expresso a tutela de interesses superindividuais; c) atribuí-la ao Ministério Público.

...

7.4 - No Brasil, assim como em outros países, vêm se tute-lando alguns interesses comuns ou coletivos, em razão; de um vínculo jurídico que une as pessoas do grupo entre si. Assim, por exemplo, o acionista é legitimado para agir visando à anulação ou à declaração de nulidade da deliberação da assembléia geral da sociedade anônima, ou para responsabilizar diretor por ato lesivo ao patrimônio social; o condômino pode agir contra outro, em mora nas contribuições devidas ao condomínio; no direito de família, alguns membros desta podem agir para a tutela dos interesses comuns, como na anulação do casamento e na interdição. Em alguns desses casos, a legitimação é ordinária (anulação de deliberação de assembléia); mas em outros é extraordinária (condenação do administrador ao ressarcimento do dano provocado à sociedade anônima), e o resultado do processo, em caso de êxito, vai beneficiar diretamente a sociedade, que recolherá a importância da condenação.

Ainda não se trata, porém, de interesses difusos propriamente ditos, pois facilmente se distinguem aí uma relação-base (sociedade, condomínio, família) e um interesse derivado, que para cada um dos sujeitos nasce em função dela, mas com ela não se confunde. 55 E justamente em virtude disso, o conjunto de interessados oferece

> contornos precisos, tornando possível a individualização de todos os componentes.
>
> Já num plano mais complexo, em que há ainda uma relação-base, mas onde o conjunto de interessados não se apresenta tão facilmente determinável quanto a todos os seus membros, coloca-se o sindicato, legitimado à ação coletiva trabalhista. No dissídio primário, o processo tende a uma sentença normativa que fixa certas normas ou condições de trabalho, que passam a regular, em caráter obrigatório, as atividades profissionais econômicas: os sindicatos agem como substituto processual, pleiteando em nome próprio pretensão alheia" por autorização constitucional e legal.
>
> ...
>
> Chega-se, enfim, a outro grupo de interesses meta individuais, ou seja aos interesses difusos propriamente ditos. E, para estes, a atual situação pode assim ser esquematizada: a) um esforço de construção interpretativa da legislação vigente; b) a utilização da legislação especial, e mais especificamente da ação popular, para a proteção de certos interesses difusos; c) novas leis, visando à tutela do meio ambiente; d) propostas legislativas avançando novas idéias."

5.1.3. KAZUO WATANABE[89]

Do mesmo modo que os Professores Barbosa Moreira e Ada Pellegrini, o Professor Kazuo Watanabe vem a constituir, por capacidade e merecimento incontestáveis, o que poderíamos denominar de "tripé fundamental da tutela coletiva no Direito brasileiro", pois destes se originaram as bases do estudo do processo coletivo no Brasil.

Em 1984, o Doutor Watanabe escreveu o artigo *Tutela jurisdicional dos interesses difusos: a legitimação para agir*[90] constante da obra *A Tutela dos Interesses Difusos*, sob a coordenação de Ada Pellegrini Grinover.

Posteriormente, participou de Comissões para elaboração de diversos projetos de Lei, com destaque para os fins do presente, do Projeto que se converteu no Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, o qual representa um dos vértices do microssistema de tutela coletiva (Lei da Ação Popular, Lei da Ação Civil Pública e CDC) vigente, e que serviu inclusive de base normativa comparativa para a elaboração do Código-Tipo Ibero-Americano.

Conforme mencionado, compôs as Comissões Elaboradora e Revisora do Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América.

E ainda, além das diversas produções acadêmicas de suas penas, elaborou e publicou em 1987, obra por muitos considerada como revolucionária para a processualística brasileira, quiçá mundial, denominada *Da cognição no processo civil*[91], de aplicação geral do Direito Processual, inclusive em sede de tutela coletiva.

Aproveitando a vocação histórica do estudo, e sendo certo que os juristas são os principais protagonistas destas cruzadas pelo Direito Processual, vale reproduzir em homenagem, as palavras a Kazuo Watanabe lançadas no Prefácio da obra

---

[89] Desembargador (Aposentado) do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Membro da Comissão elaboradora e revisora Ibero-Americana do Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América. Advogado. Presidente do Centro Brasileiro de Pesquisas Judiciais – CEBEPEJ –. Advogado. Professor Titular de Processo Civil da Faculdade de Direito da USP. Membro da Comissão de elaboração e revisão do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. Membro da Comissão de elaboração do Código Brasileiro de Processos Coletivos. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual.

[90] WATANABE, Kazuo. *Tutela jurisdicional dos interesses difusos: a legitimação para agir, in A Tutela dos Interesses Difusos - coord. de Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: Max I.imonad, 1984.

[91] WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: RT, 1987.

mencionada, pelo não menos ilustre Cândido Rangel Dinamarco, os quais, após Enrico Tulio Liebman, Alfredo Buzaid e José Frederico Marques, alcançaram no fim das décadas de 1980 e 1990, uma composição que poderia se comparar a um triângulo isósceles, cujos vértices são compostos por Ada Pellegrini, Kazuo Watanabe e Cândido Dinamarco, não obstante os demais Mestres da Faculdade do Largo de São Francisco. Versou o Professor Dinamarco:

> "Todas as vezes que fomos designados, Kazuo Watanabe e eu, para trabalharmos juntos em turmas do curso de formação ou do mestrado em nossa Faculdade do Largo de São Francisco, fiz questão de dizer aos alunos que de bom grado aceitaria inverter as posições que os nossos títulos acadêmicos nos outorgam, passando então eu a figurar como assistente e ele, como regente de turma. Só mesmo por imposição dos azares da carreira universitária é que figurávamos em situações opostas a essas. O imenso preparo de Kazuo e a sua grande capacidade de transmitir idéias qualificam-no como um dos grandes mestres de nossa Escola. Em seu estágio cultural atual, ele vem canalizando à ciência do processo todo o seu ideal político de solidariedade humana, que não é de hoje. Já nos nossos tempos de acadêmicos de direito, há mais de trinta anos, pude testemunhar a sua constante preocupação pelo social e pelo político, como substrato substancial da ordem jurídica. Em seus trabalhos, sente-se o empenho pela efetividade do processo mediante a inafastabilidade da tutela jurisdicional e mediante a abertura das vias de acesso à Justiça (ou à "ordem jurídica justa", como costuma dizer). Se todas as leis do processo fossem como as idealiza Kazuo Watanabe, se todos os que comandam o processo se imbuíssem dessa mentalidade e se soubessem usar dele de modo adequado todos aqueles que são os seus destinatários, então teríamos uma ordem processual muito mais justa e confiável, muito mais legítima em face dos seus próprios objetivos e dos valores que é chamada a tutelar."

5.1.4. LEONARDO GRECO[92]

Em conjunto dos Professores José Carlos Barbosa Moreira, Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe, deve ser mencionado o Professor Leonardo Greco, expoente, como os demais, do Direito Processual brasileiro e notório conhecedor do Direito Processual comparado.

Mesmo sem ter o seu trabalho acadêmico imediatamente vinculado aos processos de elaboração das legislações sobre processo coletivo, é indubitável a sua importância na construção da doutrina processual brasileira[ii], na formação de milhares de juristas no Rio de Janeiro, e ao redor do país, na participação como consultor, além do seu incansável e constante exercício do magistério visando o aprimoramento do Processo e do Direito, o que se observa na contemporaneidade pelos seus estudos e reflexões, principalmente sobre "a prova", os "atos processuais" e o "processo justo".

[92] Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (1973). Professor titular de Direito Processual Civil da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (desde 2000, Professor Adjunto de 1977 a 2000) , Professor adjunto de Direito Processual Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (desde 2006) e Professor dos Programas de Pós-Graduação da Faculdade de Direito de Campos (Mestrado – desde 1998) e da Universidade Gama Filho (desde 1974 - Mestrado e Doutorado). É também coordenador da área de Direito da Fundação de Amparo a Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro (desde 2004). Participa como voluntário do Grupo de Pesquisa de Efetividade da Jurisdição na Universidade Federal Fluminense. Advogado.

Deste modo, encontra-se o Professor Leonardo Greco junto aos já mencionados, e ainda acompanhado pelos Professores Ovídio Baptista da Silva[93] e J. J. Calmon de Passos[94], Cândido Rangel Dinamarco[95], Vicente Greco Filho[96], Sérgio Bermudes, Athos Gusmão Carneiro[97], Sálvio de Figueiredo Teixeira[98], Arruda Alvim[99], Nelson Nery Júnior[100], Luiz Fux[101], Teresa Arruda Alvim Wambier[102], Paulo

[93] Livre-Docente pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (1978). Professor titular (aposentado) da UFRGS. Professor titular da UNISINOS.

[94] *Professor Catedrático de Direito Processual da Universidade Federal da Bahia (aposentado). Coordenador do Curso de Especialização em Direito Processual da Universidade Salvador (UNIFACS). Advogado em Salvador.*

[95] Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (1970). Professor Titular da Universidade de São Paulo.

[96] Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (1970). Professor titular da Universidade de São Paulo, Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo e membro da Procuradoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo.

[97] Ministro (Aposentado em 1993) do Superior Tribunal de Justiça. Professor de Direito Processual Civil na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, a partir de 1967, cadeira de Direito Processual Civil. Jubilado em 1994. Professor de Direito Processual Civil na Pontifícia Universidade Católica de Porto Alegre durante sete anos. Coordenador do Curso de Preparação à judicatura da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul - Ajuris. Professor de Direito Processual Civil na Escola Superior da Magistratura, mantida pela Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul - Ajuris. Professor de Direito Processual Civil no Departamento de Direito da Universidade de Brasília. Organizou o repertório *O Novo Código de Processo Civil* nos Tribunais do Rio Grande do Sul e Santa Catarina, em 3 volumes, integrantes da Coleção Ajuris. *Audiência de Instrução e Julgamento* - Autor da obra, Editora Forense. *Intervenção de Terceiros* - Autor da obra, Editora Saraiva. *Jurisdição e Competência* - Autor da obra, Editora Saraiva.

[98] MAGISTÉRIO: Co-fundador da Faculdade de Direito Milton Campos, de Belo Horizonte. Professor universitário, por concurso, no qual obteve, na UFMG, o 1º lugar nas disciplinas Direito Processual Civil e Direito Processual Penal. Vínculos acadêmicos também com a UnB, a Universidade Cândido Mendes e a Faculdade Milton Campos, nas áreas de Direito Processual Civil, Teoria Geral do Processo e Direito Civil - Direito de Família. Exercício da Advocacia nos Estados da Bahia e Minas Gerais. MAGISTRATURA: Juiz de Direito, por concurso, titular das comarcas de Passa Tempo, Sacramento, Congonhas do Campo, Betim e Belo Horizonte - Minas Garais, 1966. Juiz do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, 1979/1984. Desembargador em Minas Gerais, 1984/1989. Ministro titular do Tribunal Superior Eleitoral de 3/4/2001 a 2/4/2003 e Corregedor Geral da Justiça Eleitoral de 13/3/2002 a 2/4/2003. Suplente, de 17/5/2000 a 2/4/2001. Ex-Presidente da 4ª Turma, da 2ª Seção e da Comissão de Documentação do Superior Tribunal de Justiça. Ministro do Superior Tribunal de Justiça, a partir de 18/5/1989. Vice-Presidente do STJ, da Corte Especial e do Conselho de Justiça Federal - Biênio 4/2004 - 4/2006. Aposentado do cargo de Ministro do Superior Tribunal de Justiça a partir de 1º/2/2006. OUTRAS ATIVIDADES: Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas - Cadeira nº 12. Membro-Conselheiro do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Membro do Instituto de Direito Processual de Minas Gerais. Membro do Instituto Panamericano de Direito Processual - a ser empossado. Membro do *Instituto Ibero-Americano de Derecho Procesal*. Membro da *International Association of Procedural Law*. Membro do Instituto dos Advogados de Minas Gerais. Sócio Honorário do Instituto dos Advogados de São Paulo. Membro Honorário do Instituto de Advogados Brasileiros. Membro-Conselheiro do Instituto Interamericano de Estudos Jurídicos do Mercosul-Jurisul e do Grupo Brasileiro da *Societé Internationale de Droit Penal Militaire e Droit Humanitaire*. Membro do Instituto de Direito Constitucional do Brasil. Membro do Instituto Ibero-Americano de Direito Público. Membro do Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro. Ex-Membro da Associação Brasileira de Juízes e Curadores de Menores, tendo integrado sua *Comissão Técnico-consultiva*. Membro da Associação Brasileira dos Magistrados da Infância e da Juventude - ABRAMINJ. Membro-Conselheiro da Associação Internacional (MERCOSUL) dos Juízes da Infância e da Juventude - AIMJIJ. Membro da *Association Internationale des Magistrats de la Jeunesse et de la Famille*. Sócio correspondente do Instituto Geográfico e Histórico da Bahia - a ser empossado. Sócio Honorário do IBDFAM - Instituto Brasileiro de Direito de Família. *Associado Honorário* da Associação Brasileira de Mulheres de Carreira Jurídica. Participação, como Dirigente, na Associação dos Juristas dos Países de Língua Portuguesa. Membro, por quatro anos, dois períodos, como suplente e efetivo, do Conselho da Justiça Federal - Constituição, Artigo 105. Membro de diversas comissões científicas, notadamente no Judiciário e na Universidade, dentre as quais a de reforma da legislação processual civil e penal brasileira, na condição de presidente, a convite do Governo - Portarias 145/1992 e 349/1993, DOU de 30/3/1992 e de 17/9/1993. Diretor da Escola Nacional da Magistratura, vinculada à Associação dos Magistrados Brasileiros, por 5 gestões.

[99] Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1970). Coordenador-acadêmico da Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (FADISP). Professor dos Cursos de Pós-Graduação (Especialização e Mestrado) da mesma instituição (FADISP). Professor titular da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

[100] Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1983). Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1987) e doutorado em Direito - Universität Friedrich-Alexander Erlangen-Nürnberg (1987). Professor titular da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Professor titular da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho. Sócio - advogado do escritório de advocacia Magalhães, Ferraz e Nery Advocacia. Professor colaborador permanente do Centro de Extensão Universitária e professor colaborador permanente do Instituto Brasiliense de Ensino e Pesquisa.

[101] **Magistério**: 2006 – Atual Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Função exercida: Chefe do Departamento de Direito Processual. 2005 – Atual Academia Brasileira de Direito Processual Civil – ABDPC. Função exercida: Professor Convidado. 2001 – 2003: Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ. Função exercida: Diretor de Estudos e Ensino. 1998 – 2003: Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Função exercida: Chefe do Departamento de Direito Processual. 1997 – 1982: Pontifícia Universidade Católica - PUC/RJ. Nível Graduação. Função exercida: Professor de Direito Judiciário Civil. 1990 – 2001: Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ. Função exercida: Professor de Processo Civil. 1990 – Atual Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Função exercida: Professor Convidado. 1990 – Atual: Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Função exercida: Professor Convidado. 1988 – Atual Centro de Estudos, Pesquisa e Atualização em Direito – CEPAD. Função exercida: Professor Convidado. 1988 – Atual Universidade Católica de Petrópolis – UCP. Função exercida: Professor Convidado. 1977 – Atual.

Cesar Pinheiro Carneiro[103] e Humberto Theodoro Júnior[104], dentre tantos outros, no rol dos maiores e mais importantes processualistas brasileiros contemporâneos, fundamentais na construção do "Processo do Terceiro Milênio".

Destacam-se algumas de suas reflexões as quais acabam também se relacionando mesmo que de forma remota com a tutela coletiva. Neste diapasão, quanto a questão da *crise da execução*, destacam-se:

> "O Direito Processual Civil está hoje na berlinda, questionado por todos quanto à sua eficácia, como instrumento apto a assegurar a tutela jurisdicional dos direitos dos cidadãos."[105]
>
> "**4.17. Execução contra a Fazenda Pública**
>
> Esse é um dos capítulos mais tristes do processo de execução, pois as regras hoje estabelecidas no artigo 100 da Constituição consagram, por via indireta, uma
> inaceitável imunidade do Estado ao cumprimento das condenações que a Justiça lhe impõe.
>
> ...
>
> Já tive oportunidade de afirmar que a reforma do artigo 100 da Constituição é um imperativo moral.
>
> ...
>
> Creio que, nessa matéria, deveríamos examinar a experiência de outros países. Em alguns deles, como a Itália, a Espanha, Portugal e a Argentina, já começaram a surgir soluções que, limitando a impenhorabilidade dos bens públicos, admitem a penhora de bens

---

Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Nível: Graduação, Mestrado e Doutorado. Função exercida: Professor de Processo Civil, Professor Livre Docente de Processo Civil e Professor Titular de Processo Civil. **Publicações**: *A Reforma do Processo Civil*. Niterói: Impetus, 2006. Fux Luiz, Nery Jr., Nelson, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Processo e Constituição - *Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. *Curso de Direito Processual Civil: Processos de Conhecimento, Processo de Execução, Processo Cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. *Curso Processual de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001. *Curso de Direito Processual Civil*: Processo de Conhecimento, Processo de Execução, Processo Cautelar. Rio de Janeiro: Forense, 2001. *Tutela de Urgência de Plano de Saúde*. Rio de Janeiro: Editora Espaço Jurídico, 2000. *Locações: Processo e Procedimentos. Doutrina, Prática e Jurisprudência*. Rio de Janeiro: Destaque, 1999. *Manual dos Juizados Especiais Cíveis*. Rio de Janeiro: Editora Destaque, 1998. *O que se espera do Direito no Terceiro Milênio, frente às crises das Leis, da Justiça e do Ensino*. Rio de Janeiro: Editora da Universidade Gama Filho, 1998. *Juizados Especiais Cíveis e Criminais e Suspensão Condicional do Processo Penal*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1996. *Tutela de Segurança e Tutela da Evidência*. São Paulo: Editora Saraiva, 1996. *Tutela Antecipada e Locações*. Rio de Janeiro: Editora Destaque, 1994. *Revisão Judicial do Aluguel*. Rio de Janeiro: Editora Destaque, 1992. *Locações: Processos e Procedimentos*. Rio de Janeiro: Editora Destaque, 1991. *Intervenção de Terceiros*. São Paulo: Editora Saraiva, 1990. *O Direito - Tomo II*. Brasília: Senado Federal Centro Gráfico, 1985. **Carreira na Magistratura**: 2002 – atual: Ministro do Superior Tribunal de Justiça. 1997 – 2001: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro - TJ/RJ. Cargo ocupado: Desembargador. 1983 – 1997: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro - TJ/RJ. Cargo ocupado: Juiz Eleitoral. Exerceu atividades como Juiz na 13ª Zona Eleitoral e 25ª Zona Eleitoral Rio de Janeiro, Brasil. 1983 – 1997 Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro - TJ/RJ. Cargo ocupado: Juiz. Aprovado em 1° lugar em concurso, exerceu atividades como Juiz nas comarcas: Niterói, Caxias, Petrópolis, Rio de Janeiro (capital) e Registro Civil das Pessoas Naturais. Promovido por merecimento para o Cargo de Juiz de Direito da Entrância Especial da 9ª Vara Cível do Estado do Rio de Janeiro. Promovido por merecimento para o Cargo de Juiz de Direito do Tribunal de Alçada do Estado do Rio de Janeiro. Elogio Público do Desembargador Corregedor Geral da Justiça, publicado no D.O - Poder Judiciário - de 17/7/1997. Juiz corregedor dos Juizados Especiais Cíveis. **Carreira no Ministério Público:** 1979 – 1982: Promotor de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, nas Comarcas de Trajano de Moraes, Santa Maria Madalena, Cordeiro, Cantagalo, Nova Iguaçu, Macaé e Petrópolis, aprovado em 1° lugar em concurso, Rio de Janeiro, Brasil. 1979 – 1982: Curador de Fundações, Rio de Janeiro, Brasil. **Carreira na Advocacia Privada:** 1976 – 1978: Advogado da Shell Brasil S.A. Petróleo, aprovado em 1° lugar em concurso, Rio de Janeiro, Brasil.

[102] Mestre pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1985) , Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1990). Atualmente é Professora permanente da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, do Instituto Brasileiro de Direito Processual, Professor do Centro de Extensão Universitária, Sócio da Arruda Alvim Wambier Advocacia e Consultoria Jurídica, Membro de corpo editorial da Juris Plenum, Membro de corpo editorial da Revista Jurídica Mater Dei, Membro de corpo editorial da Gênesis. Revista de Direito Processual Civil, Membro de corpo editorial da Revista de Processo, Membro de corpo editorial da Revista de Direito do Consumidor, Membro de corpo editorial da Revista CEJ (Brasília), Membro de corpo editorial da Revista Jurídica (Porto Alegre), Membro de corpo editorial da Aporia Jurídica, Membro de corpo editorial da Revista Jurídica da Faculdade União e Membro de corpo editorial da Revista do programa de pós-graduação em Direito da Un. Federal da Bahia.

[103] Livre-Docente pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (1988). Professor titular da UERJ (desde 1984). Advogado.

[104] Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (1987). Professor titular (desde 1996, Professor assistente desde 1982) da Universidade Federal de Minas Gerais.

[105] GRECO, Leonardo. *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goitacases: Edit. Fac. De Dir. de Campos, 2005. P. 7.

dominicais do Estado e de receitas públicas não vinculadas ao exercício de atividades essenciais."[106]

Quanto *a Revolução Tecnológica e o Processo*[107]:

"A revolução tecnológica já está chegando à justiça e ao processo, como condição indispensável para enfrentar os desafios do aumento da litigiosidade na sociedade massificada. Não é possível prever, na perspectiva de um observador de simples formação jurídica, que faz uso do computador quase apenas como uma máquina de escrever de última geração, os avanços que poderão ocorrer nesse campo nos próximos anos.

Entretanto, as experiências que aqui e acolá têm sido feitas merecem uma reflexão crítica, pois, se, de um lado, revelam um potencial ilimitado no sentido da facilitação do acesso à Justiça e da libertação do processo dos entraves formais e burocráticos que consomem a maior parte do tempo e das energias nele aplicados, de outro provocam inevitável questionamento em torno do alcance ou da utilidade de vários princípios do direito processual, alguns milenares, como o contraditório e a documentação escrita, outros mais recentes, como a oralidade e a livre convicção.

...

O Direito Brasileiro já permite o uso da informática em diversos campos, sem que para isso tenha sido necessário empreender uma mudança radical do *modus operandi* do processo ou do sistema normativo processual.

...

Em vários países, a informática vem sendo utilizada mais intensamente na melhoria da qualidade e da celeridade dos serviços judiciários, bem como na montagem de uma infra-estrutura normativa e administrativa amplamente indispensável ao desenvolvimento seguro das relações jurídicas.

...

Mas, sem dúvida, o mais extraordinário progresso do processo eletrônico será a implantação de um autêntico processo virtual, desde a propositura da petição inicial até a entrega da prestação jurisdicional, que já começa a tornar-se realidade, conforme relato de RUESSMANN.

Na Áustria, no Japão e na Finlândia já funcionam sistemas de administração judiciária que permitem a propositura de demandas por comunicação eletrônica, especialmente nas ações de cobrança de pequeno valor.

Na Finlândia a comunicação escrita entre as partes e o tribunal pode ser feita eletronicamente via *e-mail* (sistema de caixa postal), opção de que muita gente faz bom uso.

De 1996 a 1999, nos USA ocorreu uma grande transformação na virtualização do processo em muitas cortes. Na Corte de Falências do Distrito de Minnesota foi criado um *digital case file.* Todas as petições apresentadas pelos advogados são scaneadas e são publicadas na *Web.* A partir de 8 de março de 1999, os advogados passaram a dirigir as suas petições em formato eletrônico, via Internet.

...

Esses avanços têm sido possíveis não só pelos investimentos em modernização que têm sido feitos na administração da Justiça, especialmente na Justiça Federal a partir do *Civil Justice Reform Act* de 1990, mas também graças ao fato de a grande maioria dos advogados disporem e fazerem habitualmente uso de recursos computacionais de alta qualidade e atualização. Na Califórnia, 90% dos 100.000 advogados têm

[106] *Idem*. Pp. 68 a 70.

[107] Op. Cit. – Pp. 89 a 110.

> acesso à Internet. Em todo o território americano, 60% dos advogados dispõem desse acesso.
>
> **Um novo uso da Internet também tem sido revelado nas *class actions* ou ações subjetivamente complexas, pela facilidade de comunicação da parte exponencial com os integrantes do grupo que representará em juízo.**" – grifos nossos.
>
> "Pessoalmente, creio que o acompanhamento dessas e de outras experiências internacionais e a observação atenta das deficiências da nossa realidade judiciária permitem concluir que o Brasil também poderá tornar-se beneficiário do processo eletrônico, que, aos poucos e apesar das dificuldades, já vai penetrando na nossa vida cotidiana.
>
> Seria extremamente conveniente, para apressar a adoção desses novos instrumentos, cujas vantagens são inegáveis, que cuidássemos em nosso país prioritariamente das seguintes questões:
>
> 1. Regulamentação dos contratos e dos documentos eletrônicos;
> 2. Intensificação pelos tribunais dos sistemas de caixas-postais;
> 3. Desenvolvimento, em nível nacional, de um projeto de informatização dos registros públicos, dos cartórios e varas de justiça;
> 4. Desenvolvimento de um projeto de virtualização do processo, especialmente: peticionamento, documentação, impulso, atos de comunicação, atos probatórios e atos executórios."

Quanto ao *Mandado de Segurança*, gênero que na modernidade brasileira comporta as espécies individuais e coletivas, asseverou:

> "O mandado de segurança é ação de conhecimento caracterizada pela sumariedade do rito e pela superficialidade da cognição, instituído pela Constituição como garantia urgente e *in natura* da tutela de direitos do cidadão em face do Poder Público.
>
> Irmão mais novo do *habeas corpus,* surgiu como instrumento excepcional de proteção de direitos individuais contra o arbítrio estatal, em época em que o Estado de Direito ainda assentava no primado absoluto do interesse público sobre o interesse individual. Foi preciso que esse Estado de Direito desbordasse nos mais terríveis regimes autoritários para que emergisse a ideologia dos Direitos Humanos, impondo ao Poder Público limites intransponíveis de respeito às liberdades públicas, das quais o amplo acesso à tutela jurisdicional constitui garantia fundamental.
>
> Neste novo Estado de Direito, estruturado no Brasil **a** partir da Constituição de 1988, desnecessária teria se tornado a previsão constitucional do mandado de segurança, se à sua concessão e à sua execução fossem opostos obstáculos com base em qualquer tipo de interesse alheio ao direito merecedor de tutela do requerente, que pudesse frustrar a sua proteção urgente, sumária e efetiva, ou que, pelo menos, esses interesses fossem sopesados para não deixar perecer o mais valioso e mais carente de proteção."[108]

Em relação ao *Acesso ao Direito e à Justiça*, os quais certamente constituem dois dos fins pretendidos através da tutela coletiva, leciona:

> "No Estado Democrático Contemporâneo, os direitos fundamentais constitucionalmente assegurados têm eficácia imediata, cumprindo ao Estado garantir a todos os cidadãos o respeito a esses Direitos de modo concreto e efetivo, não obstante as inúmeras desigualdades e condições adversas que dificultam na prática o seu exercício.
>
> A Constituição Portuguesa, com muita razão, associa no artigo 20 o acesso à justiça ao acesso ao direito, como a indicar que, antes de assegurar o acesso à proteção judiciária dos direitos fundamentais, deve o

[108] Op. Cit. – p. 190.

Estado investir o cidadão diretamente no gozo dos seus direitos, ficando a proteção judiciária através dos tribunais, como instrumento sancionatório, no segundo plano, acionável apenas quando ocorrer alguma lesão ou ameaça a um desses direitos.

Para regulamentar esse preceito constitucional, foi editado em Portugal o Decreto-lei 387-B/87, que dispõe especificamente sobre o acesso ao direito e o acesso à justiça.

...

Prosseguindo, parece-me que o acesso ao Direito não estará concretamente assegurado se o Estado não oferecer a todo cidadão a possibilidade de receber aconselhamento jurídico a respeito dos seus direitos.

A Constituição de 1988, no artigo 5o, inciso LXXIV, assegurou a todos "assistência jurídica", a englobar assistência judiciária e assessoramento jurídico extrajudicial.

É preciso que esse direito seja assegurado na prática.

A vida moderna e o Direito tornaram-se excessivamente complexos.

A consciência jurídica do homem comum, que deve ser adquirida na família e na escola, não é mais suficiente para a tomada de decisões na vida diária das pessoas.

Todas as pessoas mantêm complexas relações jurídicas com instituições financeiras, com fornecedores de bens e de serviços etc.

Nessas relações jurídicas, com freqüência os cidadãos têm de tomar decisões rápidas.

O cidadão que tem meios procura um advogado particular para assessorá-lo.

Ao pobre o Estado deve assegurar o mesmo direito, com plenitude.

...

Sem dúvida o último pressuposto do acesso ao Direito é o acesso à Justiça, no sentido de acesso **a** um tribunal estatal imparcial, previamente instituído como competente, para a solução de qualquer litígio a respeito de interesse que se afirme juridicamente protegido ou para a prática de qualquer ato que a lei subordine à aprovação, autorização ou homologação judicial.

Se o cidadão tem consciência dos seus direitos, se o Estado lhe fornece todas as condições para livremente exercê-los, mas algum outro cidadão ou algum órgão do próprio Estado impede ou dificulta esse exercício, cabe ao poder público pôr à disposição do cidadão lesionado ou ameaçado a jurisdição necessária para assegurar o pleno acesso a tal direito.

A mesma faculdade deve ser conferida ao cidadão, que se apresente como titular de um direito, nos casos em que a lei subordina a existência, validade ou eficácia desse direito à concorrência da vontade estatal, manifestada através de um órgão jurisdicional.

Cumpre reconhecer que o acesso à Justiça sofre para a sua efetividade três tipos de obstáculos ou barreiras: as barreiras econômicas, as barreiras geográficas e as barreiras burocráticas.

...

As barreiras econômicas resultam do custo da Justiça: custas, honorários de advogado, riscos de sucumbência.

...

As barreiras geográficas são decorrentes da imensidão do território nacional e da impossibilidade de colocar pelo menos um juiz ao alcance de qualquer cidadão.

...

O juiz deve estar ao alcance dos cidadãos, para providências urgentes, a qualquer dia e a qualquer hora. A própria Lei Orgânica da Magistratura impõe ao juiz o dever de atender às partes interessadas em qualquer horário.

Todavia, em muitas comarcas do Interior, normalmente não há juiz presente nos fins de semana. E, mesmo durante a semana, em muitos

> Estados, o juiz somente é encontrado nos dias de audiência, o que, em muitos casos, não ultrapassa a um ou dois dias por semana.
>
> ...
>
> Quanto às barreiras burocráticas, ninguém ignora o desaparelhamento da máquina judiciária, decorrente da má remuneração e da falta de formação técnico profissional dos serventuários e a inadequação da estrutura judiciária para enfrentar a massa de feitos que lhe é submetida.
>
> ...
>
> Também é componente do acesso à Justiça, o direito do cidadão, em qualquer processo, se necessário, entrevistar-se pessoalmente com o juiz, não apenas para ser ouvido sobre o que lhe for perguntado, mas para travar com o magistrado um diálogo humano. O processo escrito e o excesso de trabalho conduziram a um progressivo distanciamento entre os juiz e as partes e à criação de resistência e dificuldades ao contato pessoal das partes com o julgador.
>
> ...
>
> O acesso à Justiça, tal como é concebido modernamente no contexto das garantias da eficácia concreta dos direitos fundamentais, implica também na redefinição do alcance do princípio do contraditório, como projeção processual do princípio político da participação democrática; contraditório que não se resume ao direito de ser ouvido, mas que impõe o direito de influir eficazmente na decisão, através de um diálogo jurídico que construa uma ponte sobre o abismo de comunicação que separa a atividade das partes de oferecer alegações e produzir provas e o seu reflexo sobre a inteligência do juiz na qual se produz a decisão; contraditório que assegure às partes o direito a pelo menos uma audiência oral, se por
> elas considerada necessária, possibilitando a convivência humana espontânea com o juiz e o exercício da auto-defesa por meio do chamado interrogatório livre; contraditório que trate as partes com efetiva igualdade ou paridade de armas, de acordo com as circunstâncias da causa, outorgando a ambas amplas possibilidades de influenciar a decisão; contraditório com flexibilidade de prazos, cuja razoabilidade ou congruidade deve ser aferida em cada caso.
>
> ...
>
> A Justiça como instrumento de garantia da eficácia dos Direitos fundamentais somente cumprirá o seu papel através de decisões rápidas.
>
> ...
>
> Mas talvez o mais árduo desafio da Justiça do nosso tempo é a garantia de um tribunal independente, consagrada em todas as declarações humanitárias.
>
> ...
>
> Tudo isto exposto e ressalvando a omissão deliberada das observações que a análise do tema poderia suscitar no processo penal, resulta a minha convicção de que a concretização do acesso ao Direito e do acesso à Justiça no Brasil será uma obra ciclópica, a ser construída coletivamente por juristas, educadores, administradores e legisladores."[109]

Quanto ao *Processo Justo* como *Garantia Fundamental do Processo*:

> "No Estado Democrático Contemporâneo, a eficácia concreta dos direitos constitucional e legalmente assegurados depende da garantia da tutela jurisdicional efetiva, porque sem *ela o* titular do direito não dispõe da proteção necessária do Estado *ao* seu pleno gozo.
>
> A tutela jurisdicional efetiva é, portanto, não apenas uma garantia, mas, ela própria, também um direito fundamental, cuja eficácia irrestrita é preciso assegurar, em respeito à própria dignidade humana.
>
> ...

[109] Op. Cit. – Pp. 197 a 223.

> Esse conjunto de garantias pode ser sintetizado nas denominações devido processo legal, adotada nas Emendas 5a e 14a da Constituição americana, ou processo justo, constante da Convenção Européia de Direitos Humanos e do recém reformado artigo 111 da Constituição italiana.
>
> Na Constituição brasileira, esse processo humanizado e garantistico encontra suporte principalmente nos incisos XXXV, LIV e LV do artigo 5o, que consagram as garantias da inafastabilidade da tutela jurisdicional, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, sem falar nos já citados princípios genéricos da administração pública de quaisquer dos Poderes, e ainda nos da isonomia, da fundamentação das decisões e outros hoje expressamente reconhecidos em nossa Carta Magna.
>
> ...
>
> Esta apertada síntese não dá a dimensão do alcance de todas as garantias fundamentais do processo, mas é uma tentativa de contribuir para definir as características básicas do processo moderno, especialmente do Processo Civil, em busca de uma nova Teoria Geral, que o desprenda do racionalismo científico e do procedimentalismo codificado para permanentemente confrontá-lo com as exigências funcionais de efetividade dos seus resultados e com as imposições de impostergáveis valores humanitários que dele fazem o instrumento apropriado de tutela de todos os demais direitos."[110]

E, especificamente quanto a "tutela coletiva", sobre a questão da *Execução nas Ações Civis Públicas*, dita:

> "A expansão da tutela coletiva no Brasil, especialmente através da Lei 7.347/85 e do Código do Consumidor, foi um instrumento importantíssimo de progresso do nosso sistema processual, pois através dela a doutrina processual começou a desprender-se da concepção tradicional do processo de duas partes *(Zwei Parteien Prinzip)* e em matéria de execução foi estimulada a ampliar a sua efetividade através da introdução da tutela específica.
>
> Naquele momento, repercutiam as palavras de CAPPELLETTI a sociedade, massificada nos meios de produção, nos meios de consumo, nos negócios, no turismo, nos conflitos e na violação de direitos, exigia uma mudança na concepção do papel do processo civil como instrumento de tutela dos direitos. Se o processo civil não atendesse a essa nova exigência, a sociedade iria buscar outros meios de tutela.
>
> O mesmo CAPPELLETTI acentuava a insuficiência de uma tutela essencialmente repressiva e monetária e defendia a necessidade de uma execução forçada eficaz, com meios coativos correspondentes aos do *contempt of court* anglo-americano e inibitórias eficazes.
>
> ...
>
> Os interesses coletivos *lato sensu* podem ser perseguidos por todas as espécies de ações, ou seja, por quaisquer procedimentos desde que aptos a tutelá-los, conforme estatui o artigo 83 do Código do Consumidor. O caráter coletivo não diz respeito à espécie de pedido ou de direito material, nem ao tipo de procedimento, mas ao modo peculiar como esses direitos se vinculam aos seus titulares ou como estes se relacionam entre si. Desse modo, também por todas as espécies de execuções podem ser eles postulados.
>
> ...
>
> É um equívoco supor que os interesses difusos, coletivos e individuais se apresentem sempre perfeitamente distintos uns dos outros. Assim, por exemplo, numa ação proposta pelo Ministério Público para interditar a chaminé de uma fábrica que expele fumaça contaminadora da atmosfera, a demanda foi proposta com base no interesse difuso a um meio ambiente sadio dos moradores e freqüentadores da localidade em que se

[110] *Idem*. Pp. 225 a 286.

situa a fábrica. O provimento inibitório obtido em juízo beneficia o interesse coletivo dos trabalhadores da fábrica e o interesse comum dos moradores e freqüentadores do bairro à proteção da sua saúde, mas nenhum deles tem legitimidade para promover a execução da sentença coletiva. O sindicato dos trabalhadores da empresa pode promover a execução dessa decisão. Já os moradores, embora acobertados pela coisa julgada *erga omnes* prevista no artigo 103-111 do CDC, não podem executar a sentença no interesse do grupo, porque não têm título executivo a seu favor e a lei não lhes confere legitimidade para essa execução.

...

Sem esgotar o assunto, que a todo momento enseja novas reflexões, e lamentando que, não obstante o tempo já decorrido desde advento dos principais instrumentos normativos, como a Lei 7.347 e o Código do Consumidor, poucos casos concretos tenham sido examinados na jurisprudência dos tribunais, aqui fica a conclusão de que, apesar da complexidade das questões, o Direito brasileiro oferece um arsenal de instrumentos jurídicos aptos a assegurar a eficácia da execução nas ações civis públicas, que, sem prejuízo dessa eficácia, precisam ser manuseados com absoluto respeito aos direitos fundamentais, à plenitude de defesa e ao direito do executado de influir eficazmente na marcha dos atos executórios."[111]

E quanto *a tutela jurisdicional internacional dos interesses coletivos*:

"Ganhou grande impulso no Brasil nos últimos vinte anos a tutela jurisdicional de interesses difusos ou coletivos, através de ações propostas por legitimados específicos investidos por lei, em especial o Ministério Público, associações constituídas há mais de um ano que tenham por finalidade a defesa de algumas categorias desses interesses, como o meio ambiente e a defesa do consumidor, as pessoas jurídicas de Direito Público interno (União, Estados e Municípios) e até certos entes estatais sem personalidade jurídica.

A matéria está legalmente regulada em várias leis, especialmente a Lei 7.347, de 1.985, que disciplinou a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e a Lei 8.078, de 1.990, que dispôs sobre a proteção do consumidor.

Inspiradas nas *class actions* do Direito norteamericano, as ações coletivas também foram instituídas ou se expandiram em diversos outros países, embora não
se conheça até o momento nenhum instrumento internacional que a elas se refira explicitamente.

...

O Direito brasileiro também não distingue o interesse difuso ou coletivo do interesse público, preocupação que se encontra em juristas de certos sistemas, como o português, nem exclui da tutela coletiva certas espécies de interesses, como ocorre no Direito argentino com os
interesses propriamente coletivos, embora recente legislação, de duvidosa constitucionalidade, tenha tentado impor algumas exclusões.

...

Em várias hipóteses a sentença coletiva proferida pela justiça de um país precisará ser executada perante a justiça de outro.

Em primeiro lugar, as sentenças coletivas indenizatórias podem ter condenado réu cujos bens se encontrem em país diverso, no qual devam ser executadas.

Em segundo lugar, a sentença da Justiça de um país pode ter condenado uma empresa situada em outro país a fazer ou a não fazer alguma coisa, que vai produzir

[111] Op. Cit. – Pp. 317 a 356.

> efeitos no primeiro. Para exigir o cumprimento da sentença, esta deverá ser executada na justiça do país onde está estabelecida a empresa ré.
> Em terceiro lugar, é preciso reconhecer que existem interesses coletivos internacionais ou supra-nacionais, como a poluição atmosférica causada pela chaminé de uma fábrica numa região fronteiriça ou a poluição das águas de um rio que banha o território de mais de um país pelo despejo de resíduos tóxicos.
> Por outro lado, é forçoso reconhecer que a justiça de um país pode considerar um interesse coletivo juridicamente tutelável, enquanto a justiça de outro pode entender que contraria um outro interesse coletivo, este sim juridicamente tutelável.
> As matérias em que essas assimetrias ocorrem com mais clareza são o meio ambiente e as relações de consumo.
> ...
> Para que as decisões coletivas da Justiça de um país pudessem com segurança ser reconhecidas em outro, seria extremamente positiva uma certa uniformização dos níveis de proteção das respectivas legislações ambientais e de consumo, assim como das normas processuais que regem a tutela jurisdicional de interesses coletivos. Nesse sentido, merece encomios a iniciativa do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual que atualmente examina proposta de Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América. Por outro lado, os tratados bilaterais e multilaterais de cooperação interjurisdicional deveriam ser aperfeiçoados para estabelecerem regras sobre a execução de sentenças em ações coletivas."[112]

Por fim, refletindo sobre o *Princípio do Contraditório* elaborou estudo, do qual se reproduz para os fins propostos os seus dois parágrafos iniciais:

> "Um dos mais importantes princípios gerais do processo judicial é o princípio *do* contraditório, hoje elemento essencial do próprio direito de acesso à Justiça, tai como configurado nos mais diversos sistemas jurídicos.
> Numa noção elementar poderia ele ser definido como o princípio que impõe ao juiz a prévia audiência de ambas as partes antes de adotar qualquer decisão *(audiatur et altera pars) e* o oferecimento a ambas das mesmas oportunidades de acesso à Justiça e de exercício do direito de defesa."[113]

Os trechos transcritos não dispensam de modo algum a rica leitura das integras dos estudos citados, almejando tão somente justificar; como se fosse necessário; a colocação da obra e dos pensamentos do Doutor Leonardo Greco no rol dos processualistas fundamentais na construção do Direito Processual brasileiro contemporâneo, não obstante as três décadas de magistério do Direito Processual em diversas instituições de Ensino Superior do Brasil, sendo por tais fundamentos inquestionável a sua importância histórica para os fins da análise da evolução da tutela coletiva

[112] Op. Cit. – Pp. 471 a 493.
[113] Op. Cit. – p. 541.

5.1.5. SÉRGIO BERMUDES[114]

O Professor Sérgio Bermudes, no seu *Direito Processual Civil – 3ª série*, analisou, em Palestra proferida em 19 de junho de 1997 no "Seminário Código de Defesa do Consumidor", promovido pelo Instituto de Estudos Empresariais da Federação das Indústrias do Estado do Rio de Janeiro da FIRJAN[115], os *Aspectos processuais do Código de Defesa do Consumidor*, merecendo destaque quanto ao tema da evolução histórica da tutela coletiva no Direito brasileiro a seguinte passagem:

> "O art. 83 do Código de Defesa do Consumidor, instituído pela Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, estabelece que, para a defesa dos direitos e interesses por ele protegidos, "são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela". A norma mereceria a qualificação de supérflua, se não constasse de uma lei empenhada em proteger os destinatários finais de bens e serviços, historicamente oprimidos por fornecedores e prestadores a cujos abusos se submetiam, inclusive pela dificuldade de deduzirem, judicialmente, as suas pretensões.
>
> A regra do art. 83 do CDC deixa claro, então, que o consumidor, assim como as pessoas legitimadas a pedirem por ele, em substituição processual, pode servir-se de quaisquer ações, isto é, de quaisquer procedimentos adequados à composição das lides emergentes das relações de consumo. Deve-se ler, no preceito do art. 83, a oportuna lembrança de que nem só as ações - ou melhor, os procedimentos - de qualquer modo referidas no Código de Defesa se prestam ao fim de garantir os direitos do consumidor, mas todas as que se mostrarem compatíveis com a pretensão que ele, ou seu substituto processual, tiver. Por certo, o uso de meio processual inadequado levará à extinção do processo, prevista no art. 267, VI, do Código de Processo Civil, pela falta de interesse de agir, sempre dependente da confirmação do binômio *necessidade-adequação.*
>
> Convém ter presente a lembrança de que o processo das ações de tutela do consumidor se aplica, quando não bastarem as normas do diploma específico, as do Código de Processo Civil e também as da Lei n. 7.347, de 24- 7 -1985, reguladora da ação civil pública. Assim está no art. 90 da Lei n. 8.078/90, onde se faz menção expressa ao inquérito civil, que se pode instaurar sob a presidência do Ministério Público, como previsto no § 1.º do art. 8.º da Lei da Ação Civil Pública. Já tive a ocasião de afirmar *(Direito processual civil- estudos e pareceres,* 2.ª série, p. 151) que esse inquérito é simples procedimento administrativo, interno, de apuração de fatos, destinado a formar a convicção do Ministério Público quanto à conveniência da propositura da ação, sem que nele ocorra a necessidade do contraditório e sem que o órgão perante o qual se desenvolve exerça função jurisdicional. O Ministério Público, se se permite a obviedade, não integra o Judiciário e,

---

[114] Bacharel em Direito pela Universidade Estadual da Guanabara em 1969. Curso de Doutorado na Universidade de São Paulo em 1975. Professor de Direito Processual Civil da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (SJ). Ex-Professor de Direito Processual Civil da Faculdade Brasileira de Ciências Jurídicas. Ex-Juiz do Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro. Designado pelo Governo Brasileiro como membro da Comissão de Revisão do Código de Processo Civil em 1985. Membro da Ordem dos Advogados do Brasil; *International Academy of Trial Lawyers*; Instituto dos Advogados Brasileiros; *International Association of Procedural Law*; Instituto Ibero-Americano de Direito Processual. Conferencista da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. OBRAS: *Curso de Direito Processual Civil-Recursos.* Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. *Iniciação ao Estudo do Processo Civil*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1973. *Comentários ao Código de Processo Civil, vol. VII.* São Paulo: RT, 1975. *Direito Processual Civil - Estudos e Pareceres, 2 vols.,* São Paulo: Saraiva, 1983 e 1994. *Direito Processual Civil – Estudos e Pareceres - 3ª série*. São Paulo: Saraiva, 2002. *A Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996. *A Reforma do Judiciário pela Emenda Constitucional nº 45*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. *Introdução ao Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense.

[115] Federação das Indústrias do Rio de Janeiro.

> por isso, não pode exercer funções constitucionalmente reservadas a esse poder, como, vez por outra, procedem membros da nobre instituição, praticando atos tipificadores de desvio funcional, reparáveis pela via expedita do mandado de segurança.
>
> O Código de Defesa do Consumidor cogita das ações mais freqüentes, no âmbito das relações que ele rege, como são as que se vêem mencionadas nos seus arts. 84, 88, 91 e 102."

Sendo digno de destaque a passagem do Mestre sobre o *Acesso à Justiça*, intimamente ligado a evolução da tutela coletiva:

> "Pode-se falar em *acesso à justiça* como o direito, inerente a cada ser, de alcançar a situação ideal que a palavra representa, confundindo-se, aqui, com a perfeição, que a sensibilidade do poeta viu como um castelo inatingível: "E à noite, à luz dos astros, a horas mortas" - cantam os versos de Bilac — "rondote e arquejo e choro, ó cidadela/como um bárbaro uivando às tuas portas".
>
> A processualística, todavia, põe os pés na terra e, conforme a elaboração do maior técnico do instituto, o insigne Mauro Cappelletti, de longe o maior processualista do nosso tempo, vê o *acesso à justiça* como o sistema pelo qual se possam reivindicar direitos, sob os auspícios do Estado, e obter a proteção deles através de providências individual e socialmente justas.
>
> Diria eu que o *acesso à justiça* é uma expressão que representa a prerrogativa de cada ser de alcançar a melhor tutela possível para o seu direito, ou de obter a mais presta resposta da ordem jurídica à sua pretensão. Se direito existe, que ele seja rapidamente assegurado. Se não existe direito, que se tenha, com a maior brevidade, a certeza da inexistência dele.
>
> O direito processual encara a expressão *acesso à justiça,* primeiro, como significativa da possibilidade de se pedir ao Estado a solução de um conflito ocorrente, a prevenção de um conflito iminente ou a tutela de interesses relevantes, cuja administração ele chamou a si. Depois, ele toma essa expressão como indicativa da possibilidade de obtenção de uma prestação justa, isto é, conforme ao direito, cujas normas se empenham não apenas na proteção que elas asseguram, mas na pronta outorga dessa tutela.
>
> Em outras palavras, *acesso à justiça* significa propiciar meios ao jurisdicionado, que é qualquer pessoa, nacional ou estrangeira, física, jurídica ou formal, que se encontre sob a égide da soberania de um Estado, de obter a administração da justiça através de providências eficazes. Já se vê que na locução *acesso à justiça* o vocábulo *justiça* possui o duplo significado de Judiciário e de julgamento justo que reflita a vontade da regra de direito e repercuta, efetivamente, na vida do postulante e no grupo social.
>
> Como conjunto das regras jurídicas que asseguram a administração da justiça, o direito processual se aprimora, continuamente, para assegurar o melhor e o mais perfeito *acesso à justiça,* na conformidade do conceito que se acaba de dar a essa expressão.
>
> ...
>
> Sem pretender dissertar sobre os mencionados institutos, introduzidos no direito positivo ou modernizados pelas leis referidas, quero apresentá-los como exemplo vivo do esforço do legislador processual de alcançar a efetividade do processo, para assegurar, por meio dele, o acesso à justiça e a realização da justiça, através da aplicação de normas que devem corresponder ao espírito de justiça, que Jhering identificou como a fonte psicológica do direito."[116]

[116] BERMUDES, Sérgio. *Direito Processual Civil – Estudos e Pareceres – 3ª série*. São Paulo: Saraiva. Pp. 177 a 181.

E ainda, merecem destaque as suas magníficas ponderações sobre *O Processo Civil no Terceiro Milênio*[117], apresentadas no Rio de Janeiro, perante a Associação dos Magistrados do Estado do Rio de Janeiro - AMAERJ, em 14 de junho de 1999, das quais citam-se:

> "Enfrento o desafio do tema proposto — o processo civil no terceiro milênio — com o receio ditado pela experiência, que vê malograrem os vaticínios, especialmente os de longo, longuíssimo prazo, como no caso concreto, onde se pretende que o palestrante se ponha a conjecturar sobre o processo civil no milênio que se avista. Não datasse o advento científico do processo civil de menos de século e meio, pois, segundo opinião geral, ele remonta à publicação do livro de Bülow, em 1868; existisse o processo civil como ciência, sistematizado em normas reveladoras das suas leis e princípios, já no fim dos primeiros mil anos da civilização cristã, imagino quão ingênuas ou disparatadas soariam, hoje, as previsões que, no ano de 999, há mil anos, portanto, um processualista pudesse haver feito acerca do processo civil neste segundo milênio, que agora se encerra sob o signo da frustração, mas também da esperança, justificada pela constante elevação do homem, cada dia mais aliviado do peso das suas misérias. Se as notícias de que, em Kosovo, se mataram, ainda agora, quase 15.000 pessoas em cerca de 80 dias de guerra desconcertam, perturbam, horrorizam, a observação serena e detida de tudo o quanto de útil e de belo se tem feito permite vislumbrar, no milênio vindouro, tudo o quanto se poderia condensar na expressão "um mundo melhor", escrupulosamente evitada pelos estilistas, temerosos do chavão em que ela se converteu, mas olvidados de que, antes de ser, por força da repetição, um lugar-comum, ela exprime a busca do homem pela realização dos seus sonhos.
>
> A prudência, então, me faz entrar cauteloso no escuro terreno das profecias acerca do processo no milênio próximo, compreendendo embora que se indague acerca dos destinos da processualística, como farão, brevemente, em Viena, os integrantes da Associação Internacional de Direito Processual.
>
> ...
>
> O próximo milênio despojará o processo judicial de todas as formalidades desnecessárias, reduzindo-o à observância daquelas que se fizerem indispensáveis a garantir a defesa das pretensões em jogo e a assegurar a justiça das decisões, a fim de que possam ter adequada eficácia, relativamente às partes e aos terceiros que, de algum modo e inevitavelmente, quedem envolvidos pela coisa julgada.
>
> Merecidamente aplaudido, o art. 244 do Código de Processo Civil dispõe que, "quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade". Num enunciado sintético e elegante, esse artigo de lei despoja o processo das formalidades inúteis, como vem acontecendo e acontecerá sempre, até que ele se restrinja aos autos necessários a que:
>
> a) as partes defendam amplamente as suas pretensões, por meio da ação e da exceção;
>
> b) os terceiros intervenientes, espontâneos ou coactos, igualmente exerçam o direito de pedir a tutela dos seus interesses;
>
> c) o juiz se instrua a fim de aplicar a lei à situação concreta, para, conforme o caso: ditar a providência de composição da lide, ou de administração de interesses sociais relevantes; praticar atos que assegurem o resultado final da jurisdição; realizar, em termos efetivos, o quanto houver decidido, convertendo o preceito jurisdicional em atividade das partes no grupo, assim transformada a sentença de fato jurídico em fato social.
>
> ...

[117] BERMUDES, Sérgio. *Direito Processual Civil – Estudos e Pareceres – 3ª série*. São Paulo: Saraiva. Pp. 198 a 205.

E os atos processuais, no milênio próximo, como já ocorre, timidamente embora, no fim deste milênio, serão dominados por aqueles princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia e celeridade, virtual ou expressamente consagrados em tantos dispositivos do Código de Processo Civil e de leis extravagantes e luminosamente postos no art. 2.º da Lei n. 9.099, dos juizados especiais.

...

O empenho de extrair da relação processual a sua utilidade máxima derrogará, por certo, senão nas próximas décadas, seguramente nos séculos vindouros, o vigente e já de certo modo combalido princípio da limitação da eficácia subjetiva da coisa julgada às partes do processo. **As denominadas *class actions* se multiplicarão para evitar o processo individualista, voltado apenas para um determinado litígio, ignorante de outros rigorosamente idênticos, que virão assoberbar os órgãos de administração da justiça, quando a postulação repetida poderia ser evitada pela adoção de expedientes de universalização do processo, como a súmula vinculante, num tempo em que não haverá lugar para a atividade paroquial das instituições de função predestinadamente transcendental.**" (grifos nossos)

"Quando se fala no aperfeiçoamento da postulação e da prestação jurisdicionais, deve-se pensar no advogado, no defensor, no Ministério Público, no juiz ecumênico, de olhos postos no mundo que o rodeia, contemporâneo de tudo o quanto se passa no orbe terrestre (no próximo milênio se falará neste e noutros mundos) e fora do casulo onde sempre atuará mal se, com uma espécie de síndrome de Chanteclair, o galo que supunha fazer nascer o sol com o seu canto supuser que o mundo é apenas o foro onde atua e que tem por princípio e por fim as folhas de um processo.

...

Tudo o quanto, ao longo destes mil anos, que agora chegam ao termo fatal, se construiu, ou se aperfeiçoou da rica herança do milênio anterior e de tempos ainda mais remotos, permite vislumbrar o processo judicial do terceiro milênio com todo o entusiasmo. De um teólogo, que cruelmente perdeu a fé, se diz que revelou ao mundo o seu drama, adotando o lema *sine spe ac sine metu:* se, pela descrença, já nada esperava, também já não temia o momento do encontro com aquela que Manuel Bandeira chamou "a indesejada das gentes". Nos séculos futuros, de tal modo atuará o processo, na sua dupla finalidade de julgar e de conciliar; nos seus dois aspectos de microprocesso, que trata do conflito das partes, e de macroprocesso, que ensina a compreender e a cumprir a lei e pacifica o grupo social pela aplicação do direito; e de tal modo será propícia a ciência processual como sistema das leis e princípios inerentes à jurisdição, que bem se poderia anunciá-los agora, no limiar de mais um milênio da civilização, sob o dístico "com fé e com esperança". A certeza de que a processualística e o processo atuarão eficazmente justifica a esperança de que, também por meio deles, se construirá o mundo melhor dos sonhos de cada homem, em qualquer tempo. Que assim seja, pela vontade e sob a proteção de Deus!"

5.1.6. ANTONIO GIDI[118]

O Professor Antonio Gidi, tal qual a Professora Ada Pellegrini Grinover e o Professor Kazuo Watanabe, compuseram as Comissões de Elaboração e Revisão do Projeto que acabou por se converter no Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América.

Entretanto, vale destacar que o Professor Antonio Gidi além de ter composto as Comissões, ainda teve papel fundamental na origem do referido Código, pois conforme relato de Ada Pellegrini Grinover:

> "A idéia de um Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América surgiu em Roma, numa intervenção de Antonio Gidi, membro brasileiro do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, reunido em maio de 2.002, no VII Seminário Internacional co-organizado pelo "Centro di Studi Giuridici Latino Americani" da "Università degli Studi di Roma – Tor Vergata", pelo "Istituto Italo-Latino Americano" e pela " Associazione di Studi Sociali Latino-Americani"."[119]

Inicialmente, Antonio Gidi em sua obra *Coisa Julgada e Litispendência em Ações Coletivas*[120] apresentou dados referentes a coisa julgada e a litispendência no processo civil comum e nas ações coletivas.

Posteriormente, em ***Las acciones colectivas y La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales em Brasil – Um modelo para países de derecho civil***[121] apresentou em pleno ano de 2003[122] o artigo de origem do texto em estudo, no qual no capítulo segundo dispôs sobre *Breve historia*, distribuída em quatro itens, dos quais se destacam as passagens a seguir transcritas:

> "*I. Los pioneros en las acciones colectivas en el sistema de derecho civil"*
>
> *A acción colectiva brasileña tiene SUS Orígenes en los estúdios académicos realizados en Italia en La década de los setenta, cuando un grupo de profesores italianos estudiaron las acciones colectivas norteamericanas y publicaron artículos y libros sobre el tema."*[123]
>
> *"II. El movimiento brasileño hacia la acción colectiva"*[124]
>
> *"La primera ley brasileña que trató especificamente el procedimiento de La acción colectiva fue publicada em 1985."*[125]
>
> *"En 1988, La nueva Constitución Federal de Brasil protegió numerosos derechos de grupo tanto sustantivos como procesales. Una innovación importante procesal creada por La Constitución fue el* ***mandado de segurança coletivo****, una espécie de acción colectiva de carácter no*

---

[118] Doutor em Direito pela Universidade da Pensilvânia. Doutor e mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP. Professor na Faculdade de Direito da Universidade de Houston.

[119] Constante da Exposição de Motivos do Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América.

[120] GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995.

[121] GIDI, Antonio. ***Las acciones colectivas y La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales em Brasil – Um modelo para países de derecho civil – traduccion de Lucio Cabrera Acevedo***. México: UNAM, 2004.

[122] GIDI, *Antonio*. ***Class Actions in Comparactive Perspective. A Model for Civil Law Countries*****, in American Journal of Comparative Law, vol. 51, 2003, p. 311**.

[123] Op. Cit. – p. 17.

[124] Op. Cit. – pp. 23 a 26.

[125] Op. Cit. – p. 19.

> *criminal, como el **habeas corpus**, para proteger de La ilegalidad y abuso de poder de las autoridades."*[126]
>
> *"Em 1989 y 1990 el legislador brasileño promulgo tres leyes otorgando asó protección legal sustenativa a los grupos de personas incapacitadas, inversionistas en el mercado de valores y a los niños. Estas leyes fueron de caráter sustantivo, y ofrecieron poco en cuanto a reglas procesales. La Ley de La Acción Civil Pública (1985) estabelecía las reglas procesales que debían ser utilizadas para ejercer estos derechos de grupo ante los tribunales."*[127]
>
> *"En 1990, el legislador promulgo el Código del Consumidor. En el título III de este Código, el cual está dedicado a La protección del consumidor antes los tribunales, el legislador incluyó procedimientos detallados sobre el litígio de las acciones colectivas por daños individuales (**class action for individual damages**). Sin embargo, es importante resaltar que aun cuando estas reglas se encuentran en el Código del Consumidor, el procedimiento colectivo es ´transustantivo´, y por lo tanto es aplicable a la protección de todos los derechos de grupo."*[128]
>
> *"III. La acción colectiva brasileña: una generación posterior"*

Neste item o Professor GIDI a recepção da ação coletiva pela geração posterior aquela que iniciou a elaboração legislativa desde 1985 – Ação Civil Pública – até 1990 – Código de Defesa do Consumidor.

Ilustra a inaplicabilidade da legislação e das ações coletivas, com base: 1) na educação baseada no modelo ortodoxo não compreendendo os novos conceitos vinculados as novas leis de ações coletivas; 2) na oposição ideológica as ações coletivas; 3) por fim, adoção de meios legislativos para a limitação dos potenciais efeitos deste novo instrumento processual, através das Medidas-Provisórias de nº 1570/1997 e 1798-1/1999, além da Lei nº 9494/1997.

E, concluindo:

> *"IV. El futuro nebuloso de La acción colectiva en Brasil"*
>
> *"La introducción de las acciones colectivas en Brasil fue de tal importancia que tuvieron un profundo impacto en La sociedad. Trajeron consigo acceso a La justicia y compensaciones a quejas que antes no habia sido posible por otras vias, así como un efecto disuasivo sobre las conductas ilegales o indeseables. Sin embargo, no ha tenido ningún impacto negativo significativo en los tribunales."*[129]
>
> *"Sin embargo, en general La experiencia sugiere que las acciones colectivas están trabajado bien (o tan bien como otros médios procesales), y hasta La fecha han sido compatibles con el sistema brasileño. A largo plazo las acciones colectivas pueden llegar a ser uno de los más exitosos trasplantes legales en La historia jurídica brasileña desde los tiempos coloniales"*[130].

Por fim, em 2007 no seu estudo *A **CLASS ACTION** como instrumento de tutela coletiva dos direitos – As ações coletivas em uma perspectiva comparada*[131] abordou a evolução histórica da *class action* no contexto do Direito norte-americano, o que se informa por correlação mediata ao tema, mas não se tecerá maiores considerações tendo em vista o objeto do estudo.

---

[126] Op. Cit. – p. 21.

[127] Op. Cit. – p. 22.

[128] Op. Cit. – p. 22.

[129] Op. Cit. – p. 26.

[130] Op. Cit. – p. 29.

[131] GIDI, Antonio. *A **CLASS ACTION** como instrumento de tutela coletiva dos direitos – As ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: RT, 2007.

5.1.7. PAULO CEZAR PINHEIRO CARNEIRO

Em 1999, o Professor Paulo Cezar Pinheiro Carneiro visando a cátedra (professor titular de Direito Processual) defendeu a tese *Acesso à Justiça: Juizados Especiais e Ação Civil Pública – Uma nova sistematização da Teoria Geral do Processo* perante Banca composta por José Carlos Barbosa Moreira (presidente), Adroaldo Furtado Fabrício, Egas Moniz de Aragão, Humberto Theodoro Júnior e Luiz Fux, logrando aprovação e desde então desenvolvendo o magistério (o qual já exercia inicialmente como Professor Auxiliar desde 1984) da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

Nesta obra, de vital importância para o dimensionamento dos instrumentos para a tutela de direitos para a concretização do Acesso à Justiça, o Professor Paulo C. P. Carneiro apresentou de forma inovadora, o rol dos princípios que 'informam o Acesso à Justiça", quais sejam:

1) Acessibilidade;
2) Operosidade;
3) Utilidade; e,
4) Proporcionalidade.

Dedicou ainda o capítulo segundo da terceira parte a análise da Lei que regula a Ação Civil Pública à luz dos quatro vetores acima transcritos, e por fim, para os fins deste estudo, apresentou o modo e o resultado de pesquisa empírica ou de campo realizada quanto a Ação Civil Pública.

Pede-se *venia* para transcrever as conclusões alcançadas pelo Douto Professor quanto a Ação Civil Pública, de notória importância para a análise da evolução histórica da "tutela coletiva brasileira":

> "CONCLUSÕES
> ...
> 2.2. Quanto à acessibilidade
> ...
> 2.2.2. Ação civil pública
>
> a) Os direitos em geral que interessam às coletividades, compreendendo os difusos, coletivos e individuais homogêneos, somente serão protegidos na medida em que existam entes legitimados de diversas matizes, suficientemente aptos para um adequado desempenho. Para alcançar este desiderato é preciso dotar o Ministério Público de pessoal e meios apropriados, assim como incentivar a criação de associações diversas para a defesa de tais direitos.
>
> b) O Ministério Público deve ser considerado, nos termos do art. 91, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor, *ex vi* do art. 82 do mesmo diploma legal, como legitimado para defesa de direitos individuais homogêneos de qualquer natureza, disponíveis ou indisponíveis.
>
> c) É preciso assegurar aos beneficiados ou vítimas o acesso ao resultado da ação e, ainda, meios para fazê-lo valer, se favorável, ainda que através de execução individual. Aqui, duas medidas seriam importantes para o alcance dessas finalidades: promover um programa de informação que alcance todos os beneficiados ou vítimas, por um dos meios preconizados no corpo deste trabalho; procurar criar mecanismos que permitam a execução individual de forma menos complexa, evitando, sempre que possível, a liquidação por artigos.
>
> 2.3. Quanto à operosidade

...
2.3.2. Ação civil pública

a) O Ministério Público deverá, sempre que for possível e conveniente para a defesa dos interesses em jogo, instaurar inquérito civil, não só para instruir de forma mais proveitosa a futura ação, como também para possibilitar uma solução extrajudicial, através da celebração de compromisso de ajustamento de conduta.

b) A solução do conflito através da celebração de compromissos de ajustamento de condutas deverá ser priorizada pelos órgãos públicos legitimados, especialmente o Ministério Público, seja na fase pré-processual (extrajudicial), seja da processual (judicial). Para possibilitar tal desiderato na fase processual, seria conveniente que o juiz designasse audiência de conciliação para tal fim.

c) Havendo grande dificuldade para a prova de fato relevante que interessa aos autores de ações coletivas, o juiz deverá determinar a inversão de tal ônus, desde que o réu possa produzir a prova ou contra-prova em condições mais favoráveis do que aqueles.

2.4. Quanto à utilidade
...
2.4.2. Ação civil pública

a) A utilidade prática da maioria absoluta dos processos que tem por objeto direitos difusos e coletivos depende da concessão de medidas liminares ou antecipações de tutelas. Os juízes, em vista dos interesses em jogo nesses processos e para evitar que o direito das coletividades corra o risco de perecer, deverão, nestas situações, sempre que possível, optar pela concessão de tais medidas.

b) O grande número de processos extintos sem o julgamento do mérito revela que os juízes têm valorizado mais as questões processuais do que as de mérito para solucionar os conflitos, em prejuízo de todos os princípios, estudados neste trabalho, que informam o moderno significado de acesso á justiça, desde o da utilidade, ora em foco, até os da acessibilidade, operosidade e proporcionalidade.

c) Os autores das ações civis públicas que tenham por objeto direitos difusos ou coletivos, cujos respectivos pedidos foram julgados procedentes e não demandem processo de execução, deverão promover medidas que possam tornar, na prática, efetivos os julgados (...).

d) Os entes legitimados para as ações civis públicas deverão, quando cabível, cumular ao pedido principal outor de indenizações pelo dano material ou moral ocorrido, assim como promover a execução naqueles casos previstos no art. 100, parágrafo único, da Lei nº 8.078/90, de sorte a permitir que o Fundo criado pela Lei nº 7.347/85 para a reconstituição dos bens lesados possa funcionar, com todos os benefícios que daí advirão para a coletividade.

e) Deverá ser implantado no Judiciário de cada estado um sistema de informação e de comunicação entre os diversos órgãos públicos legitimados e entre os próprios juízes para evitar a repetição de ações civis públicas e, ainda, permitir que eventuais autores de ações individuais sejam alertados para a doção da medida preconizada no art. 104 da Lei 8.078/90, ou seja, a suspensão da ação individual."[132]

[132] CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à Justiça: Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública – Uma nova sistematização da Teoria Geral do Processo*. 2ª edição, ver. E atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2003. Pp. 231 a 236

5.1.8. ALUISIO GONÇALVES DE CASTRO MENDES[133]

O Professor Aluisio Gonçalves de Castro Mendes realizou seus estudos e sua tese de mestrado sobre as ações coletivas no Direito brasileiro e comparado, realizando para tanto estudos perante a Universidade Federal do Paraná, sob orientação do Dr. Luiz Guilherme Marinoni, e de Universidade na Alemanha.

Posteriormente participou da Comissão de Revisão do Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, ao lado dos Professores Ada Pellegrini, Kazuo Watanabe e Antonio Gidi.

Na sua tese de doutorado[134], lê-se:

> "O desenvolvimento da defesa judicial dos interesses coletivos, no Brasil, passa numa primeira etapa, pelo surgimento de leis extravagantes e dispersas, que previam a possibilidade de certas entidades e organizações ajuizarem, em nome próprio, ações para a defesa de direitos coletivos ou individuais alheios."[135]

Quanto a evolução legislativa brasileira no tratamento da matéria, o Professor Aluisio Mendes elenca as seguintes normas: Lei nº 1134, de 1950; Lei 4215, de 1963, em especial o artigo 1º, parágrafo único; Constituição da República de 1934, artigo 113, ação popular; Constituição de 1937, supressão da ação popular, Constituição de 1946, reintrodução da ação popular; Lei nº 4717, de 29/06/1965, regulamentação da ação popular; Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, Lei nº 6938, de 31/08/1981; Lei Orgânica do Ministério Público, Lei Complementar nº 40, de 13/12/1981; Lei 7347, de 24/07/1985; Constituição da República Federativa de 1988, especialmente artigos 5º, incs. XXI e LXIX e LXXIII; 8º; 129; Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), art. 48, elaboração de Código de Defesa do Consumidor; Lei nº 7797, de 10/07/1989, Fundo Nacional de Meio Ambiente; Lei nº 7853, de 24/10/1989, Apoio às Portadoras de Deficiência; Lei nº 7.913, de 07/12/1989, Proteção aos titulares de valores mobiliários; Lei nº 8069, de 13/07/1990, Direitos e interesses coletivos das crianças e adolescentes; Lei 8078, de 11/09/1990 (publicação), vigência a partir de 11/03/1991; Lei nº 8625, de 12/02/1993; Lei Complementar nº 75, de 20/05/1993; Lei nº 8884, de 11/06/1994 – Lei Antitruste –; Lei nº 9870, de 23/11/1999.

Apresenta as legislações brasileiras que criaram condições ou limites à tutela coletiva: Lei nº 8437, de 30/06/1992; Lei nº 9494, de 10/09/1997.

---

[133] Especialização em Direito pela Universidade de Brasília (1997), Mestrado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1998), Mestrado em Direito pela Universitat Frankfurt an Main - Johann Wolfgang Goethe (2000), Doutorado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2001) e Pós-Doutorado pela Universitat Regensburg (2005). Atualmente é Professor da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Juiz Federal Titular da Justiça Federal. Professor da Universidade Estácio de Sá, Membro efetivo do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Membro associado efetivo do Instituto Ibero Americano de Direito Processual. Membro efetivo do Associação Internacional de Direito Processual. Membro efetivo da Deutsch Brasilianische Juristenvereinigung Associação Teuto Brasileira de J. Membro de corpo editorial da Jurispoiesis (Rio de Janeiro), Juiz Federal Convocado da Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Coordenador da Comissão de Reforma Processual do Associação dos Juízes Federais. Membro de corpo editorial da Coleção Arruda Alvim - Editora Método. Membro de corpo editorial da Gênesis. Revista de Direito Processual Civil. Membro do Comitê Técnico de Pesquisa, Editora do Conselho da Justiça Federal e Membro de corpo editorial da Revista de Processo.

[134] MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações Coletivas no direito comparado e nacional – Coleção 89Temas Atuais de Direito Processual Civil – volume 4*. São Paulo: RT, 2002. Pp. 191 a 199.

[135] *Idem*. P. 191.

Anota ainda:

> "Por fim, há que se constatar que as ações coletivas continuam sendo tratadas apenas por leis extravagantes, enquanto o Código de Processo Civil praticamente nada regula sobre o assunto, salvo a previsão genérica de legitimação, contida no art. 6º."[136]

5.1.9. RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO[137]

O Professor Rodolfo de Camargo Mancuso possui vasta obra sobre a "tutela coletiva", dedicando-se a análise da Ação Civil Pública, da Ação Popular, Interesses Difusos e Jurisdição Coletiva, dentre outros temas correlacionados.

5.1.10. TEORI ALBINO ZAWASCKI[138]

Em sua obra *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*[139] o Professor Teori Albino Zavascki aborda a "evolução do sistema de tutela jurisdicional: do individual ao coletivo"[140] e o "subsistema do processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos individuais"[141].

Quanto a "evolução do sistema de tutela jurisdicional" destacam-se, quanto ao presente estudo, as seguintes informações:

- "O Código de Processo Civil Brasileiro, de 1973, foi estruturado pela clássica divisão da tutela jurisdicional em tutela de conhecimento, tutela de execução e tutela cautelar."[142];

- "Tal sistema, por outro lado, foi moldado para atender à prestação da tutela jurisdicional em casos de lesões a direitos subjetivos individuais, mediante demandas promovidas pelo próprio lesado. - ... – Não se previu, ali, instrumentos para tutela coletiva desses direitos, salvo mediante a fórmula tradicional do litisconsórcio ativo, ..."[143];

- "o Código partiu do pressuposto de que a função jurisdicional 'existe por causa de um conflito e para solucioná-lo'. Consequentemente, nele não foram previstos instrumentos para dar solução a conflitos verificáveis no plano abstrato (=independentemente da consideração de específicos fenômenos de incidência),

---

[136] *Ibidem*. P. 199.

[137] Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo (1976). Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (1980). Professor Associado da Universidade de São Paulo. Procurador aposentado do Município de São Paulo. Advogado e consultor jurídico. OBRAS: *Ação Civil Pública - Em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores.* São Paulo: RT. *Ação Popular - Proteção do Erário, do Patrimônio Público, da Moralidade Administrativa e do Meio Ambiente*. São Paulo: RT. *Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante.* São Paulo: RT. *Interesses Difusos - Conceito e Legitimação para Agir.* São Paulo: RT. *Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada - Teoria geral das ações coletivas*. São Paulo: RT. *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*. São Paulo: RT.

[138] Mestre e Doutor em Direito Processual pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Ministro do Superior Tribunal de Justiça. Professor da Universidade de Brasília.

[139] ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: RT, 2006.

[140] Op. cit. – Pp. 17 a 28.

[141] *Idem*. Pp. 29 a 60.

[142] Op. cit. – p. 17.

[143] *Idem*.

como é o conflito que se estabelece entre preceitos normativos ou, mais especificamente, entre normas constitucionais e normas infraconstitucionais."[144];

- "Todavia, as diversas modificações legislativas supervenientes, ocorridas principalmente a partir de 1985, alteraram de modo substancial não apenas o Código de Processo, mas o próprio sistema processual nele consagrado.";

- "As modificações do sistema processual civil operaram-se em duas fases, ou 'ondas', bem distintas. Uma primeira onda de reformas, iniciada em 1985, foi caracterizada pela introdução, no sistema, de instrumentos até então desconhecidos do direito positivo, destinados (a) a dar curso a demandas de natureza coletiva, (b) a tutela direitos e interesses transindividuais, e (c) a tutelar, com mais amplitude, a própria ordem jurídica abstratamente considerada."[145];

- "São marcos importantes da primeira etapa as diversas leis regulamentadoras das chamadas "ações civis públicas", a começar pela Lei 7.347, de 24.07.85 (...). Seguiram-na outras, provendo sobre a tutela de interesses transindividuais de pessoas portadoras de deficiências (Lei 7.853, de 24.10.89), de crianças e adolescentes (Lei 8.069, de 13.07.90), de consumidores (Lei 8.078, de 11.09.90), da probidade na administração pública (Lei 8.249, de 02.06.92), da ordem econômica (Lei 8.884, de 11.06.94) e dos interesses das pessoas idosas (Lei 10.741, de 01.10.03)."[146];

- "Além desses instrumentos, para a tutela de direitos transindividuais, criaram-se, nessa primeira etapa, instrumentos para a tutela coletiva de direitos subjetivos individuais. O Código de Proteção e Defesa do Consumidor –CDC (Lei 8.078, de 1990)..."[147];

- "Foi destacadamente significativo, nessa primeira onda reformadora, o advento da Constituição de 1988."[148];

- "... , em decorrência da primeira fase de reformas, podemos, hoje, classificar os mecanismos de tutela jurisdicional em três grandes grupos: (a) mecanismos para tutela de direitos subjetivos individuais, subdivididos entre (a.1) os destinados a tutelá-los individualmente pelo seu próprio titular (disciplinados, basicamente, no Código de Processo) e (a.2) os destinados a tutelar coletivamente os direitos individuais, em regime de substituição processual (as ações civis coletivas, nelas compreendido o mandado de segurança coletivo); (b) mecanismos para tutela de direitos transindividuais, isto é, direitos pertencentes a grupos ou a classes de pessoas indeterminadas (a ação popular e as ações civis públicas, nelas compreendida a chamada ação de improbidade administrativa); e (c) instrumentos para tutela da ordem jurídica, abstratamente considerada, representados pelos vários mecanismos de controle de constitucionalidade dos preceitos normativos e das omissões legislativas."[149]

- "E a segunda onda reformadora, que se desencadeou a partir de 1994, teve por objetivo, não o de introduzir mecanismos novos, mas o de aperfeiçoar ou de ampliar os já existentes no Código de Processo, de modo a adaptá-lo às exigências dos novos tempos."[150]

---

[144] Op. cit. – p. 18.
[145] Op. cit. – Pp. 18 e 19.
[146] Op. cit. – p. 19.
[147] Op. cit. – p. 20.
[148] Op. cit. – p. 20.
[149] Op. cit. – p. 27.
[150] Op. cit. – p. 19.

- "uma segunda onda reformadora teve início no ano de 1994. Em nome da efetividade do processo, reclamo mais urgente de sociedade com pressa, foram produzidas modificações expressivas no Código de Processo Civil, destacando-se pela ordem cronológica, a Lei 8.950, de 13.12.94, que alterou dispositivos referentes aos recursos, a lei 8.951, de 13.12.94, que tratou dos procedimentos especiais para as ações de consignação em pagamento e usucapião, a Lei 8.952, de 13.12.94, que modificou inúmeros dispositivos do processo de conhecimento e do processo cautelar, a Lei 8.953, de 13.12.94, que alterou dispositivos do processo de execução, a Lei 9.139, de 30.11.95, que reformulou o recurso de agravo cabível contra as decisões interlocutórias, e a Lei 9.079, de 14.07.95, que tratou da ação monitória. Novas e importantes alterações foram produzidas no Código de Processo a partir de 2001, especialmente pela lei 10.352, de 26.12.01, sobre recursos e exame necessário, pela Lei 10.358, de 27.12.01 e pela Lei 10.444, de 07.05.02, sobre dispositivos do processo de conhecimento e de execução."[151]

- "É inegável, ainda hoje, a importância da classificação tradicional da tutela dos direitos, em tutela de conhecimento, de execução e cautelar. Mas certamente ela já não pode ser tida como única e mais importante, como a considerava Liebman. Pela nova configuração que o sistema processual assumiu com a segunda onda de reformas, especialmente em decorrência da universalização do instituto da tutela antecipada, muito mais importante e apropriado será considerá-la nas suas duas dimensões novas que agora evidentemente ocupa, cada qual com suas características, com seus princípios e com seus resultados, a saber: (a) tutela definitiva, aquela formada à base de cognição exauriente e que produzirá eficácia de coisa julgada, privilegiando o princípio da segurança jurídica; e (b) a tutela provisória, concedida mediante juízos de verossimilhança, à base de cognição sumária, para ter eficácia limitada no tempo, sujeita a ser revogada ou confirmada pela superveniente sentença que julgar o mérito, e que privilegia o princípio da efetividade do processo."[152]

Do segundo capítulo "o subsistema do processo coletivo: ...", guardam relevância com o presente tema os seguintes fragmentos:

- "Nos países do *civil Law*, a preocupação de aperfeiçoar os sistemas processuais tradicionais, no intuito de dotá-los de mecanismos adequados a promover a tutela dos direitos coletivos, bem como a tutela de direitos individuais atingidos ou ameaçados por atos lesivos de grande escala, se fez notar, de modo bem acentuado, a partir dos anos 70 do século XX. O fenômeno se deveu especialmente à tomada de consciência, pelos meios sociais mais esclarecidos, de ser inadiável a operacionalização de medidas destinadas (a) a preservar o meio ambiente, fortemente agredido pelo aumento cada vez maior do número de agentes poluidores, e (b) a proteger os indivíduos na sua condição de consumidores, atingidos, com a acentuada intensidade, pelas conseqüências negativas de uma economia de mercado cegamente voltada para o lucro, num ambiente caracterizado por renitentes crises inflacionárias."[153];

- "Foi o legislador brasileiro, na verdade, que protagonizou, de modo muito mais profundo e mais rico do que nos demais países do *civil Law*, a 'revolução' mencionada por Cappelletti e Garth, em prol da criação de instrumentos de tutela coletiva. Já na década de 70, a lei 6.513, de 20.12.77, introduziu significativa

[151] Op. cit. – P. 23.

[152] Op. cit. – Pp. 26 e 27.

[153] Op. cit. – Pp. 33 e 34.

modificação no art. 1º, parágrafo 1º, da Lei da Ação Popular, ... -. Com isso, viabilizou-se a possibilidade de tutela dos referidos bens e direitos, de natureza difusa, pela via de ação popular. Todavia, foi a Lei 7.347, de 24.07.85, que assentou o marco principal do intenso e significativo movimento em busca de instrumentos processuais para a tutela dos chamados *direitos e interesses difusos e coletivos*."[154]

- "Com o advento da Constituição de 1988, ficou expressamente consagrada, com a marca de sua estatura superior, a tutela material de diversos direitos com natureza transindividual, como o direito ao meio ambiente sadio (art. 225), à manutenção do patrimônio cultural (art. 216), à preservação da probidade administrativa (art. 74, parágrafo 4º) e à proteção do consumidor (art. 5º, XXXII). A Carta Magna também elevou à estatura constitucional os instrumentos para a tutela processual desses novos direitos. Foi alargado o âmbito da ação popular (art. 5º, LXXIII), que passou a ter por objeto explícito um significativo rol de direitos transindividuais (moralidade administrativa, meio ambiente, patrimônio histórico e cultural) e conferiu-se legitimação ao Ministério Público para promover inquérito civil e ação civil pública destinados a tutelar qualquer espécie de direitos e interesse difusos e coletivos (art. 129, III)."[155];

- "Formado por todo esse cabedal normativo, não há como deixar de reconhecer, em nosso sistema processual, a existência de um subsistema específico, rico e sofisticado, aparelhado para atender aos conflitos coletivos, característicos da sociedade moderna."[156]

5.1.11. HUMBERTO DALLA BERNARDINA DE PINHO[157]

O Professor Humberto Dalla apresentou sua tese de Doutorado *A natureza jurídica do direito individual homogêneo e sua tutela pelo Ministério Público como forma de Acesso à Justiça*, sendo aprovado com distinção e louvor em Banca composta por notáveis juristas, dentre os quais o seu orientador, o Professor Paulo Cezar Pinheiro Carneiro.

De acordo com a finalidade histórica do presente, destaca-se:

> "..., a jurisdição, com o passar do tempo, tem se mostrado ineficaz em diversas situações, pelos mais variados motivos. Tal situação,

[154] Op. cit. – p. 37.

[155] Op. cit. – p. 38.

[156] Op. cit. – p. 39.

[157] Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (1997).Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (2000). Pós-Doutor pela *University Of Connecticut* (2004). Professor Adjunto da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Professor assistente da Universidade Estácio de Sá. Promotor de Justiça no Rio de Janeiro. ESTUDOS SOBRE PROCESSO COLETIVO: PINHO, H. D. B. . A Natureza Jurídica do Direito Individual Homogêneo e sua Tutela pelo Ministério Público como forma de Acesso à Justiça. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001. v. 1. 262 p. PINHO, H. D. B. . Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. v. 1. 401 p. PINHO, H. D. B. (Org.) . Temas contemporâneos de direito processual. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. v. 1. 540 p. PINHO, H. D. B.. A Tutela Coletiva no Brasil e a sistemática dos novos direitos. In: PAULO CÉSAR CONRADO; SÉRGIO GONINI BENÍCIO. (Org.). Revista Direito Público II. 01 ed. São Paulo: Editora Federal, 2005, v. 01, p. 91-112. PINHO, H. D. B. . Direito individual Homogêneo - leitura e releitura do tema . Rio de Janeiro: Mundo Jurídico, 2003. PINHO, H. D. B. . A importância da parceria entre o ministério público e o terceiro setor na jurisdição coletiva. Santa Catarina: Busca Legis, 2003. PINHO, H. D. B. . A importância da atuação extrajudicial do Ministério Público na tutela do interesse coletivo. Boletim Informativo Mp Em Ação, Rio de Janeiro, v. 3, p. 4-4, 2000. PINHO, H. D. B. . A tutela do interesse coletivo como Instrumento polarizador da participação do Ministério Público no processo civil brasileiro. Revista da Emerj, Rio de Janeiro, v. 4, n. 16, p. 174-191, 2001. PINHO, H. D. B. . A TUTELA COLETIVA E O ESTATUTO DO IDOSO. Revista Juris Poiesis, Rio de Janeiro, v. 09, n. 32, p. 117-132, 2005. PINHO, H. D. B. . A TUTELA COLETIVA NO BRASIL E A SISTEMÁTICA DOS NOVOS DIREITOS. Revista Iuris Poiesis, Rio de Janeiro, v. 08, n. 1, p. 143-158, 2006.

confrontada com a crescente modificação da sociedade, vem ensejando uma busca por novos instrumentos jurisdicionais.

Nessa esteira, na ordem jurídica processual foram inseridos dispositivos que procuravam diminuir o nível de obstrução das vias jurisdicionais.

No Brasil foram adotadas basicamente duas formas de atuação.

Numa primeira linha foram criados e desenvolvidos mecanismos de tutela de interesses metaindividuais, tais como a ação popular, a ação civil pública, o mandado de segurança coletivo e outras ações coletivas, previstas não só na Lei nº 7.347/85, mas também no Código de Defesa do Consumidor e no Estatuto da Criança e do Adolescente, entre outros.

...

Seguindo a primeira linha de atuação e efetivando no Direito Brasileiro a denominada "Segunda Onda do Direito Processual" nas palavras do sempre citado Mauro Cappelletti, foi editada no Brasil a Lei nº 7.347/85. Que disciplinou a ação civil pública.

Contudo, o aparelho judiciário, apesar de inúmeras tentativas de melhora, tem se mostrado lento na compreensão das questões coletivas.

É necessário adotar-se uma nova mentalidade para sanar esse problema. Não é possível a cega utilização dos institutos tradicionais do direito processual civil, tais como a legitimidade, litisconsórcio, condições para o regular exercício do direito de ação e coisa julgada, às novas questões sociais que surgem, eis que presenciamos hoje o surgimento de um direito processual eminentemente coletivo."[158]

[158] Op. Cit. – Pp. 07 a 09.

5.2. EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DA TUTELA COLETIVA NO BRASIL

5.2.1. EM SEDE CONSTITUCIONAL

O exercício da jurisdição encontra-se relacionado historicamente a realização da vontade coletivamente pré-fixada seja pelos costumes, seja pelas leis, do que se extrai o valor histórico da análise da legislação nacional que na sua evolução se relaciona a "tutela coletiva".

Na história brasileira encontram-se as Constituições outorgadas em 1824, 1937 e 1967, e as promulgadas em 1891, 1946 e 1988. Destaca-se ainda a Emenda Constitucional nº 01 de 1969 que por vezes é tratada como "Constituição outorgada", tendo em vista a sua amplitude e a sua eficácia na época ditatorial militar brasileira.

Para os fins pretendidos, destacar-se-á dos textos constitucionais indicados as normas que guardam relação – remota ou direta – com a evolução da jurisdição, do processo e da tutela coletiva no Direito brasileiro.

Na Constituicão Politica do Imperio do Brazil (De 25 De Março De 1824), destacam-se:

> "Art. 1. O IMPERIO do Brazil é a associação Politica de todos os Cidadãos Brazileiros. Elles formam uma Nação livre, e independente, que não admitte com qualquer outra laço algum de união, ou federação, que se opponha á sua Independencia.
>
> ...
>
> Art. 9. A Divisão, e harmonia dos Poderes Politicos é o principio conservador dos Direitos dos Cidadãos, e o mais seguro meio de fazer effectivas as garantias, que a Constituição offerece.
>
> Art. 10. Os Poderes Politicos reconhecidos pela Constituição do Imperio do Brazil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo, e o Poder Judicial.
>
> ...
>
> Art. 98. O Poder Moderador é a chave de toda a organisação Politica, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independencia, equilibrio, e harmonia dos mais Poderes Politicos.
>
> Art. 99. A Pessoa do Imperador é inviolavel, e Sagrada: Elle não está sujeito a responsabilidade alguma.
>
> ...
>
> Art. 133. Os Ministros de Estado serão responsáveis:
>
> I. Por traição.
>
> II. Por peita, suborno, ou concussão.
>
> III. Por abuso do Poder.
>
> IV. Pela falta de observancia da Lei.
>
> V. Pelo que obrarem contra a Liberdade, segurança, ou propriedade dos Cidadãos.
>
> VI. Por qualquer dissipação dos bens publicos.
>
> ...
>
> Art. 143. São responsaveis os Conselheiros de Estado pelos conselhos, que derem, oppostos ás Leis, e ao interesse do Estado, manifestamente dolosos.
>
> ...
>
> TITULO 6º

Do Poder Judicial.
CAPITULO UNICO.
Dos Juizes, e Tribunaes de Justiça.

Art. 151. O Poder Judicial independente, e será composto de Juizes, e Jurados, os quaes terão logar assim no Civel, como no Crime nos casos, e pelo modo, que os Codigos determinarem.

...

Art. 153. Os Juizes de Direito serão perpetuos, o que todavia se não entende, que não possam ser mudados de uns para outros Logares pelo tempo, e maneira, que a Lei determinar.

Art. 154. O Imperador poderá suspendel-os por queixas contra elles feitas, precedendo audiencia dos mesmos Juizes, informação necessaria, e ouvido o Conselho de Estado. Os papeis, que lhes são concernentes, serão remettidos á Relação do respectivo Districto, para proceder na fórma da Lei.

Art. 155. Só por Sentença poderão estes Juizes perder o Logar.

Art. 156. Todos os Juizes de Direito, e os Officiaes de Justiça são responsaveis pelos abusos de poder, e prevaricações, que commetterem no exercicio de seus Empregos; esta responsabilidade se fará effectiva por Lei regulamentar.

Art. 157. Por suborno, peita, peculato, e concussão haverá contra elles **acção popular**, que poderá ser intentada dentro de anno, e dia pelo proprio queixoso, ou por qualquer do Povo, guardada a ordem do Processo estabelecida na Lei." – grifo nosso.

"Art. 160. Nas civeis, e nas penaes civilmente intentadas, poderão as Partes nomear Juizes Arbitros. Suas Sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas Partes.

Art. 161. Sem se fazer constar, que se tem intentado o meio da reconciliação, não se começará Processo algum.

...

Art. 163. Na Capital do Imperio, além da Relação, que deve existir, assim como nas demais Provincias, haverá tambem um Tribunal com a denominação de - Supremo Tribunal de Justiça - composto de Juizes Letrados, tirados das Relações por suas antiguidades; e serão condecorados com o Titulo do Conselho. Na primeira organisação poderão ser empregados neste Tribunal os Ministros daquelles, que se houverem de abolir.

Art. 164. A este Tribunal Compete:

I. Conceder, ou denegar Revistas nas Causas, e pela maneira, que a Lei determinar.

II. Conhecer dos delictos, e erros do Officio, que commetterem os seus Ministros, os das Relações, os Empregados no Corpo Diplomatico, e os Presidentes das Provincias.

III. Conhecer, e decidir sobre os conflictos de jurisdição, e competencia das Relações Provinciaes.

...

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brazileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

I. Nenhum Cidadão póde ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma cousa, senão em virtude da Lei.

II. Nenhuma Lei será estabelecida sem utilidade publica.

III. A sua disposição não terá effeito retroactivo.

IV. Todos podem communicar os seus pensamentos, por palavras, escriptos, e publical-os pela Imprensa, sem dependencia de censura; com tanto que hajam de responder pelos abusos, que commetterem no exercicio deste Direito, nos casos, e pela fórma, que a Lei determinar.

V. Ninguem póde ser perseguido por motivo de Religião, uma vez que respeite a do Estado, e não offenda a Moral Publica.

VI. Qualquer póde conservar-se, ou sahir do Imperio, como lhe convenha, levando comsigo os seus bens, guardados os Regulamentos policiaes, e salvo o prejuizo de terceiro.

VII. Todo o Cidadão tem em sua casa um asylo inviolavel. De noite não se poderá entrar nella, senão por seu consentimento, ou para o defender de incendio, ou inundação; e de dia só será franqueada a sua entrada nos casos, e pela maneira, que a Lei determinar.

VIII. Ninguem poderá ser preso sem culpa formada, excepto nos casos declarados na Lei; e nestes dentro de vinte e quatro horas contadas da entrada na prisão, sendo em Cidades, Villas, ou outras Povoações proximas aos logares da residencia do Juiz; e nos logares remotos dentro de um prazo razoavel, que a Lei marcará, attenta a extensão do territorio, o Juiz por uma Nota, por elle assignada, fará constar ao Réo o motivo da prisão, os nomes do seu accusador, e os das testermunhas, havendo-as.

IX. Ainda com culpa formada, ninguem será conduzido á prisão, ou nella conservado estando já preso, se prestar fiança idonea, nos casos, que a Lei a admitte: e em geral nos crimes, que não tiverem maior pena, do que a de seis mezes de prisão, ou desterro para fóra da Comarca, poderá o Réo livrar-se solto.

X. A' excepção de flagrante delicto, a prisão não póde ser executada, senão por ordem escripta da Autoridade legitima. Se esta fôr arbitraria, o Juiz, que a deu, e quem a tiver requerido serão punidos com as penas, que a Lei determinar.

O que fica disposto acerca da prisão antes de culpa formada, não comprehende as Ordenanças Militares, estabelecidas como necessarias á disciplina, e recrutamento do Exercito; nem os casos, que não são puramente criminaes, e em que a Lei determina todavia a prisão de alguma pessoa, por desobedecer aos mandados da justiça, ou não cumprir alguma obrigação dentro do determinado prazo.

XI. Ninguem será sentenciado, senão pela Autoridade competente, por virtude de Lei anterior, e na fórma por ella prescripta.

XII. Será mantida a independencia do Poder Judicial. Nenhuma Autoridade poderá avocar as Causas pendentes, sustal-as, ou fazer reviver os Processos findos.

XIII. A Lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, o recompensará em proporção dos merecimentos de cada um.

XIV. Todo o cidadão pode ser admittido aos Cargos Publicos Civis, Politicos, ou Militares, sem outra differença, que não seja dos seus talentos, e virtudes.

XV. Ninguem será exempto de contribuir pera as despezas do Estado em proporção dos seus haveres.

XVI. Ficam abolidos todos os Privilegios, que não forem essencial, e inteiramente ligados aos Cargos, por utilidade publica.

XVII. A' excepção das Causas, que por sua natureza pertencem a Juizos particulares, na conformidade das Leis, não haverá Foro privilegiado, nem Commissões especiaes nas Causas civeis, ou crimes.

XVIII. Organizar–se-ha quanto antes um Codigo Civil, e Criminal, fundado nas solidas bases da Justiça, e Equidade.

XIX. Desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as mais penas crueis.

XX. Nenhuma pena passará da pessoa do delinquente. Por tanto não haverá em caso algum confiscação de bens, nem a infamia do Réo se transmittirá aos parentes em qualquer gráo, que seja.

XXI. As Cadêas serão seguras, limpas, o bem arejadas, havendo diversas casas para separação dos Réos, conforme suas circumstancias, e natureza dos seus crimes.

XXII. E'garantido o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem publico legalmente verificado exigir o uso, e emprego da Propriedade do Cidadão, será elle préviamente indemnisado do valor della. A Lei marcará os casos, em que terá logar esta unica excepção, e dará as regras para se determinar a indemnisação.

XXIII. Tambem fica garantida a Divida Publica.

XXIV. Nenhum genero de trabalho, de cultura, industria, ou commercio póde ser prohibido, uma vez que não se opponha aos costumes publicos, á segurança, e saude dos Cidadãos.

XXV. Ficam abolidas as Corporações de Officios, seus Juizes, Escrivães, e Mestres.

XXVI. Os inventores terão a propriedade das suas descobertas, ou das suas producções. A Lei lhes assegurará um privilegio exclusivo temporario, ou lhes remunerará em resarcimento da perda, que hajam de soffrer pela vulgarisação.

XXVII. O Segredo das Cartas é inviolavel. A Administração do Correio fica rigorosamente responsavel por qualquer infracção deste Artigo.

XXVIII. Ficam garantidas as recompensas conferidas pelos serviços feitos ao Estado, quer Civis, quer Militares; assim como o direito adquirido a ellas na fórma das Leis.

XXIX. Os Empregados Publicos são strictamente responsaveis pelos abusos, e omissões praticadas no exercicio das suas funcções, e por não fazerem effectivamente responsaveis aos seus subalternos.

XXX.. Todo o Cidadão poderá apresentar por escripto ao Poder Legislativo, e ao Executivo reclamações, queixas, ou petições, e até expôr qualquer infracção da Constituição, requerendo perante a competente Auctoridade a effectiva responsabilidade dos infractores.

XXXI. A Constituição tambem garante os soccorros publicos.

XXXII. A Instrucção primaria, e gratuita a todos os Cidadãos.

XXXIII. Collegios, e Universidades, aonde serão ensinados os elementos das Sciencias, Bellas Letras, e Artes.

XXXIV. Os Poderes Constitucionaes não podem suspender a Constituição, no que diz respeito aos direitos individuaes, salvo nos casos, e circumstancias especificadas no paragrapho seguinte.

XXXV. Nos casos de rebellião, ou invasão de inimigos, pedindo a segurança do Estado, que se dispensem por tempo determinado algumas das formalidades, que garantem a liberdede individual, poder-se-ha fazer por acto especial do Poder Legislativo. Não se achando porém a esse tempo reunida a Assembléa, e correndo a Patria perigo imminente, poderá o Governo exercer esta mesma providencia, como medida provisoria, e indispensavel, suspendendo-a immediatamente que cesse a necessidade urgente, que a motivou; devendo num, e outro caso remetter á Assembléa, logo que reunida fôr, uma relação motivada das prisões, e d'outras medidas de prevenção tomadas; e quaesquer Autoridades, que tiverem mandado proceder a ellas, serão responsaveis pelos abusos, que tiverem praticado a esse respeito.

Rio de Janeiro, 11 de Dezembro de 1823.- João Severiano Maciel da Costa.- Luiz José de Carvalho e Mello.- Clemente Ferreira França.- Marianno José Pereira da Fonseca.- João Gomes da Silveira Mendonça.- Francisco Villela Barboza.- Barão de Santo Amaro.- Antonio Luiz Pereira da Cunha.- Manoel Jacintho Nogueira da Gama.- Josè Joaquim Carneiro de Campos.

Mandamos portanto, a todas as Autoridades, a quem o conhecimento e execução desta Constituição pertencer, que a jurem, e façam jurar, a cumpram, e façam cumprir, e guardar tão inteiramente, como nella se contem. O Secretario de Estado dos Nogocios do Imperio a faça imprimir, publicar, e correr. Dada na Cidade do Rio de Janeiro, aos vinte e cinco de Março de mil oitocentos e vinte e quatro, terceiro da Independencia e do Imperio.

IMPERADOR Com Guarda.

João Severiano Maciel da Costa.

Carta de Lei, pela qual VOSSA MAGESTADE IMPERIAL Manda cumprir, e guardar inteiramente a Constituição Politica do Imperio do Brazil, que VOSSA MAGESTADE IMPERIAL Jurou, annuindo às Representações dos Povos.

Para Vossa Magestade Imperial ver.

Luiz Joaquim dos Santos Marrocos a fez.
Registrada na Secretaria de Estado dos Negocios do Imperio do Brazil a fls. 17 do Liv. 4º de Leis, Alvarás e Cartas Imperiaes. Rio de Janeiro em 22 de Abril de 1824.
Josè Antonio de Alvarenga Pimentel."

Importante mencionar que já no artigo 157 da Constituição Imperial de 1824 encontra-se previsto meio judicial para controle de exercício de atividade pública, no caso a judiciária, através de ação popular para a qual possuíam legitimidade o próprio queixoso ou vítima e ainda qualquer um do povo, sendo o prazo para a sua propositura de 1 (um) ano.

Da Carta de 1891, extraem-se:

" Art 1º - A Nação brasileira adota como forma de Governo, sob o regime representativo, a República Federativa, proclamada a 15 de novembro de 1889, e constitui-se, por união perpétua e indissolúvel das suas antigas Províncias, em Estados Unidos do Brasil.

...

Art 20 - Os Deputados e Senadores, desde que tiverem recebido diploma até a nova eleição, não poderão ser presos nem processados criminalmente, sem prévia licença de sua Câmara, salvo caso de flagrância em crime inafiançável. Neste caso, levado o processo até pronúncia exclusiva, a autoridade processante remeterá os autos à Câmara respectiva para resolver sobre a procedência da acusação, se o acusado não optar pelo julgamento imediato.

...

Art 53 - O Presidente dos Estados Unidos do Brasil será submetido a processo e a julgamento, depois que a Câmara declarar procedente a acusação, perante o Supremo Tribunal Federal, nos crimes comuns, e nos de responsabilidade perante o Senado.

Parágrafo único - Decretada a procedência da acusação, ficará o Presidente suspenso de suas funções.

...

Art 54 - São crimes de responsabilidade os atos do Presidente que atentarem contra:

...

4º) o gozo, e exercício legal dos direitos políticos ou individuais;

...

6º) a probidade da administração;

7º) a guarda e emprego constitucional dos dinheiros públicos;

...

SEÇÃO III

Do Poder Judiciário

Art 55 - O Poder Judiciário, da União terá por órgãos um Supremo Tribunal Federal, com sede na Capital da República e tantos Juízes e Tribunais Federais, distribuídos pelo País, quantos o Congresso criar.'

Art 56 - O Supremo Tribunal Federal compor-se-á de quinze Juízes, nomeados na forma do art. 48, nº 12, dentre os cidadãos de notável saber e reputação, elegíveis para o Senado.

Art 57 - Os Juízes federais são vitalícios e perderão o cargo unicamente por sentença judicial.

...

Art 62 - As Justiças dos Estados não podem intervir em questões submetidas aos Tribunais Federais, nem anular, alterar, ou suspender as suas sentenças ou ordens. E, reciprocamente, a Justiça Federal não pode intervir em questões submetidas aos Tribunais dos Estados nem anular,

alterar ou suspender as decisões ou ordens destes, excetuados os casos expressamente declarados nesta Constituição.

...

SEÇÃO II

Declaração de Direitos

Art 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 1º - Ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

§ 2º - Todos são iguais perante a lei.

A República não admite privilégios de nascimento, desconhece foros de nobreza e extingue as ordens honoríficas existentes e todas as suas prerrogativas e regalias, bem como os títulos nobiliárquicos e de conselho.

§ 3º - Todos os indivíduos e confissões religiosas podem exercer pública e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito comum.

§ 4º - A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita.

§ 5º - Os cemitérios terão caráter secular e serão administrados pela autoridade municipal, ficando livre a todos os cultos religiosos a prática dos respectivos ritos em relação aos seus crentes, desde que não ofendam a moral pública e as leis.

§ 6º - Será leigo o ensino ministrado nos estabelecimentos públicos.

§ 7º - Nenhum culto ou igreja gozará de subvenção oficial, nem terá relações de dependência ou aliança com o Governo da União ou dos Estados.

§ 8º - A todos é lícito associarem-se e reunirem-se livremente e sem armas; não podendo intervir a polícia senão para manter a ordem pública.

§ 9º - É permitido a quem quer que seja representar, mediante petição, aos Poderes Públicos, denunciar abusos das autoridades e promover a responsabilidade de culpados.

§ 10 - Em tempo de paz qualquer pessoa pode entrar no território nacional ou dele sair com a sua fortuna e bens, quando e como lhe convier, independentemente de passaporte.

§ 11 - A casa é o asilo inviolável do indivíduo; ninguém pode aí penetrar de noite, sem consentimento do morador, senão para acudir as vítimas de crimes ou desastres, nem de dia, senão nos casos e pela forma prescritos na lei.

§ 12 - Em qualquer assunto é livre a manifestação de pensamento pela imprensa ou pela tribuna, sem dependência de censura, respondendo cada um pelos abusos que cometer nos casos e pela forma que a lei determinar. Não é permitido o anonimato.

§ 13 - A exceção do flagrante delito, a prisão não poderá executar-se senão depois de pronúncia do indiciado, salvo os casos determinados em lei, e mediante ordem escrita da autoridade competente.

§ 14 - Ninguém poderá ser conservado em prisão sem culpa formada, salvas as exceções especificadas em lei, nem levado à prisão ou nela detido, se prestar fiança idônea nos casos em que a lei a admitir.

§ 15 - Ninguém será sentenciado senão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior e na forma por ela regulada.

§ 16 - Aos acusados se assegurará na lei a mais plena defesa, com todos os recursos e meios essenciais a ela, desde a nota de culpa, entregue em 24 horas ao preso e assinada pela autoridade competente com os nomes do acusador e das testemunhas.

§ 17 - O direito de propriedade mantém-se em toda a sua plenitude, salva a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia.

As minas pertencem aos proprietários do solo, salvas as limitações que forem estabelecidas por lei a bem da exploração deste ramo de indústria.

§ 18 - É inviolável o sigilo da correspondência.

§ 19 - Nenhuma pena passará da pessoa do delinqüente.

§ 20 - Fica abolida a pena de galés e a de banimento judicial.

§ 21 - Fica, igualmente, abolida a pena de morte, reservadas as disposições da legislação militar em tempo de guerra.

§ 22 - Dar-se-á o *habeas corpus* , sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder.

§ 23 - À exceção das causas que, por sua natureza, pertencem a Juízos especiais, não haverá foro privilegiado.

§ 24 - É garantido o livre exercício de qualquer profissão moral, intelectual e industrial.

§ 25 - Os inventos industriais pertencerão aos seus autores, aos quais ficará garantido por lei um privilégio temporário, ou será concedido pelo Congresso um prêmio razoável quando haja conveniência de vulgarizar o invento.

§ 26 - Aos autores de obras literárias e artísticas é garantido o direito exclusivo de reproduzi-las, pela imprensa ou por qualquer outro processo mecânico. Os herdeiros dos autores gozarão desse direito pelo tempo que a lei determinar.

§ 27 - A lei assegurará também a propriedade das marcas de fábrica.

§ 28 - Por motivo de crença ou de função religiosa, nenhum cidadão brasileiro poderá ser privado de seus direitos civis e políticos nem eximir-se do cumprimento de qualquer dever cívico.

§ 29 - Os que alegarem motivo de crença religiosa com o fim de se isentarem de qualquer ônus que as leis da República imponham aos cidadãos, e os que aceitarem condecoração ou títulos nobiliárquicos estrangeiros perderão todos os direitos políticos.

§ 30 - Nenhum imposto de qualquer natureza poderá ser cobrado senão em virtude de uma lei que o autorize.

§ 31 - É mantida a instituição do júri.

...

Art 82 - Os funcionários públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões em que incorrerem no exercício de seus cargos, assim como pela indulgência ou negligência em não responsabilizarem efetivamente os seus subalternos.

Parágrafo único - O funcionário público obrigar-se-á por compromisso formal, no ato da posse, ao desempenho dos seus deveres legais

...

Mandamos, portanto, a todas as autoridades a quem o conhecimento e execução desta Constituição pertencer, que a executem e façam executar e observar fiel e inteiramente corno nela se contém.

Publique-se e cumpra-se em todo o território da Nação.

Sala das Sessões do Congresso Nacional Constituinte, na Cidade do Rio de Janeiro, em 24 de fevereiro de 1891, 3º da República."

Na Constituição de 1934, têm-se:

"CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL (DE 16 DE JULHO DE 1934)

Nós, os representantes do povo brasileiro, pondo a nossa confiança em Deus, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para organizar um regime democrático, que assegure à Nação a unidade, a liberdade, a justiça e o bem-estar social e econômico, decretamos e promulgamos a seguinte

CONSTITUIÇÃO DA REPúBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL

TÍTULO I

Da Organização Federal

CAPÍTULO I

Disposições Preliminares

Art 1º - A Nação brasileira, constituída pela união perpétua e indissolúvel dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios em Estados Unidos do Brasil, mantém como forma de Governo, sob o regime representativo, a República federativa proclamada em 15 de novembro de 1889.

Art 2º - Todos os poderes emanam do povo e em nome dele são exercidos.

Art 3º - São órgãos da soberania nacional, dentro dos limites constitucionais, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, independentes e coordenados entre si.

...

Art 32 - Os Deputados, desde que tiverem recebido diploma até à expedição dos diplomas para a Legislatura subseqüente, não poderão ser processados criminalmente, nem presos, sem licença da Câmara, salvo caso de flagrância em crime inafiançável. Esta imunidade é extensiva ao suplente imediato do Deputado em exercício.

...

Art 36 - A Câmara dos Deputados criará Comissões de Inquérito sobre fatos determinados, sempre que o requerer a terça parte, pelo menos, dos seus membros.

Parágrafo único - Aplicam-se a tais inquéritos as normas do processo penal indicadas no Regimento Interno.

Art 37 - A Câmara dos Deputados pode convocar qualquer Ministro de Estado para, perante ela, prestar informações sobre questões prévia e expressamente determinadas, atinentes a assuntos do respectivo Ministério. A falta de comparência do Ministro sem justificação importa crime de responsabilidade.

...

CAPÍTULO III

Do Poder Executivo

SEÇÃO I

Do Presidente da República

Art 51 - O Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República.

...

SEÇÃO III

Da Responsabilidade do Presidente da República

Art 57 - São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República, definidos em lei, que atentarem contra:

...

c) o livre exercício dos Poderes políticos;

d) o gozo ou exercício legal dos direitos políticos, sociais ou individuais;

...

f) a probidade da administração;

g) a guarda ou emprego legal dos dinheiros públicos;

h) as leis orçamentárias;

i) o cumprimento das decisões judiciárias.

Art 58 - O Presidente da República será processado e julgado nos crimes comuns, pela Corte Suprema, e nos de responsabilidade, por um Tribunal Especial, que terá como presidente o da referida Corte e se comporá de nove Juízes, sendo três Ministros da Corte Suprema, três membros do Senado Federal e três membros da Câmara dos Deputados. O Presidente terá apenas voto de qualidade.

...

CAPíTULO IV

Do Poder Judiciário

SEÇÃO I

Disposições Preliminares

Art 63 - São órgãos do Poder Judiciário:

a) a Corte Suprema;

b) os Juízes e Tribunais federais;

c) os Juízes e Tribunais militares;
d) os Juízes e Tribunais eleitorais.
...

SEÇÃO II
Da Corte Suprema

Art 73 - A Corte Suprema, com sede na Capital da República e jurisdição em todo o território nacional, compõe-se de onze Ministros.
...

Art 75 - Nos crimes de responsabilidade, os Ministros da Corte Suprema serão processados e julgados pelo Tribunal Especial, a que se refere o art. 58.
...

SEÇÃO III
Dos Juízes e Tribunais Federais

Art 78 - A lei criará Tribunais federais, quando assim o exigirem os interesses da Justiça, podendo atribuir-lhe o julgamento final das revisões criminais, excetuadas as sentenças do Supremo Tribunal Militar, e das causas referidas no art. 81, letras *d* , *g* , *h* , *i* , e *l* ; assim como os conflitos de jurisdição entre Juízes federais de circunscrições em que esses Tribunais tenham competência.
...

SEÇÃO IV
Da Justiça Eleitoral

Art 82 - A Justiça Eleitoral terá por órgãos: o Tribunal Superior de Justiça Eleitoral, na Capital da República; um Tribunal Regional na Capital de cada Estado, na do Território do Acre e no Distrito Federal; e Juízes singulares nas sedes e com as atribuições que a lei designar, além das Juntas especiais admitidas no art. 83, § 3º.
...

SEÇÃO V
Da Justiça Militar

Art 84 - Os militares e as pessoas que lhes são assemelhadas terão foro especial nos delitos militares. Este foro poderá ser estendido aos civis, nos casos expressos em lei, para a repressão de crimes contra a segurança externa do país, ou contra as instituições militares.
...

CAPÍTULO V
Da Coordenação dos Poderes
SEÇÃO I
Disposições Preliminares

Art 88 - Ao Senado Federal, nos termos dos arts. 90, 91 e 92, incumbe promover a coordenação dos Poderes federais entre si, manter a continuidade administrativa, velar pela Constituição, colaborar na feitura de leis e praticar os demais atos da sua competência.
...

CAPÍTULO VI
Dos Órgãos de Cooperação nas Atividades Governamentais
SEÇÃO I
Do Ministério Público

Art 95 - O Ministério Público será organizado na União, no Distrito Federal e nos Territórios por lei federal, e, nos Estados, pelas leis locais.
...

TÍTULO II
Da Justiça dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios

Art 104 - Compete aos Estados legislar sobre a sua divisão e organização judiciárias e prover os respectivos cargos, observados os preceitos dos arts. 64 a 72 da Constituição, mesmo quanto à requisição de força federal, ainda os princípios seguintes:
...

TÍTULO III
Da Declaração de Direitos

CAPÍTULO I
Dos Direitos Políticos
...
CAPÍTULO II
Dos Direitos e das Garantias Individuais

Art 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

1) Todos são iguais perante a lei. Não haverá privilégios, nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou idéias políticas.

2) Ninguém será obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei.

3) A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

4) Por motivo de convicções filosófica, políticas ou religiosas, ninguém será privado de qualquer dos seus direitos, salvo o caso do art. 111, letra *b* .

5) É inviolável a liberdade de consciência e de crença e garantido o livre exercício dos cultos religiosos, desde que não contravenham à ordem pública e aos bons costume. As associações religiosas adquirem personalidade jurídica nos termos da lei civil.

6) Sempre que solicitada, será permitida a assistência religiosa nas expedições militares, nos hospitais, nas penitenciárias e em outros estabelecimentos oficiais, sem ônus para os cofres públicos, nem constrangimento ou coação dos assistidos. Nas expedições militares a assistência religiosa só poderá ser exercida por sacerdotes brasileiros natos.

7) Os cemitérios terão caráter secular e serão administrados pela autoridade municipal, sendo livre a todos os cultos religiosos a prática dos respectivos ritos em relação aos seus crentes. As associações religiosas poderão manter cemitérios particulares, sujeitos, porém, à fiscalização das autoridades competentes. É lhes proibida a recusa de sepultura onde não houver cemitério secular.

8) É inviolável o sigilo da correspondência.

9) Em qualquer assunto é livre a manifestação do pensamento, sem dependência de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um pelos abusos que cometer, nos casos e pela forma que a lei determinar. Não é permitido anonimato. É segurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos independe de licença do Poder Público. Não será, porém, tolerada propaganda, de guerra ou de processos violentos, para subverter a ordem política ou social.

10) É permitido a quem quer que seja representar, mediante petição, aos Poderes Públicos, denunciar abusos das autoridades e promover-lhes a responsabilidade.

11) A todos é lícito se reunirem sem armas, não podendo intervir a autoridade senão para assegurar ou restabelecer a ordem pública. Com este fim, poderá designar o local onde a reunião se deva realizar, contanto que isso não o impossibilite ou frustre.

12) É garantida a liberdade de associação para fins lícitos, nenhuma associação será compulsoriamente dissolvida senão por sentença judiciária.

13) É livre o exercício de qualquer profissão, observadas as condições de capacidade técnica e outras que a lei estabelecer, ditadas pelo interesse público.

14) Em tempo de paz, salvas as exigências de passaporte quanto à entrada de estrangeiros, e as restrições da lei, qualquer pessoa pode entrar no território nacional, nele fixar residência ou dele sair.

15) A União poderá expulsar do território nacional os estrangeiros perigosos à ordem pública ou nocivos aos interesses do País.

16) A casa é o asilo inviolável do indivíduo. Nela ninguém poderá penetrar, de noite, sem consentimento do morador, senão para acudir a

vítimas de crimes ou desastres, nem de dia, senão nos casos e pela forma prescritos na lei.

17) É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem público o exija, ressalvado o direito à indenização ulterior.

18) Os inventos industriais pertencerão aos seus autores, aos quais a lei garantirá privilégio temporário ou concederá justo prêmio, quando a sua vulgarização convenha à coletividade.

19) É assegurada a propriedade das marcas de indústria e comércio e a exclusividade do uso do nome comercial.

20) Aos autores de obras literárias, artísticas e científicas é assegurado o direito exclusivo de produzi-las. Esse direito transmitir-se-á aos seus herdeiros pelo tempo que a lei determinar.

21) Ninguém será preso senão em flagrante delito, ou por ordem escrita da autoridade competente, nos casos expressos em lei. A prisão ou detenção de qualquer pessoa será imediatamente comunicada ao Juiz competente, que a relaxará, se não for legal, e promoverá, sempre que de direito, a responsabilidade da autoridade coatora.

22) Ninguém ficará preso, se prestar fiança idônea, nos casos por lei estatuídos.

23) Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer, ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade, por ilegalidade ou abuso de poder. Nas transgressões, disciplinares não cabe o *habeas, corpus* .

24) A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os meios e recursos essenciais a esta.

25) Não haverá foro privilegiado nem Tribunais de exceção; admitem-se, porém, Juízos especiais em razão da natureza das causas.

26) Ninguém será processado, nem sentenciado senão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior ao fato, e na forma por ela prescrita.

27) A lei penal só retroagirá quando beneficiar o réu.

28) Nenhuma pena passará da pessoa do delinqüente.

29) Não haverá pena de banimento, morte, confisco ou de caráter perpétuo, ressalvadas, quanto à pena de morte, as disposições da legislação militar, em tempo de guerra com país estrangeiro.

30) Não haverá prisão por dívidas, multas ou custas.

31) Não será concedida a Estado estrangeiro extradição por crime político ou de opinião, nem, em caso algum, de brasileiro.

32) A União e os Estados concederão aos necessitados assistência judiciária, criando, para esse efeito, órgãos especiais assegurando, a isenção de emolumentos, custas, taxas e selos.

33) Dar-se-á mandado de segurança para defesa do direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do *habeas corpus,* devendo ser sempre ouvida a pessoa de direito público interessada. O mandado não prejudica as ações petitórias competentes.

34) A todos cabe o direito de prover à própria subsistência e à de sua família, mediante trabalho honesto. O Poder Público deve amparar, na forma da lei, os que estejam em indigência.

35) A lei assegurará o rápido andamento dos processos nas repartições públicas, a comunicação aos interessados dos despachos proferidos, assim como das informações a que estes se refiram, e a expedição das certidões requeridas para a defesa de direitos individuais, ou para esclarecimento dos cidadãos acerca dos negócios públicos, ressalvados, quanto às últimas, os casos em que o interesse público imponha segredo, ou reserva.

36) Nenhum imposto gravará diretamente a profissão de escritor, jornalista ou professor.

37) Nenhum Juiz deixará de sentenciar por motivo de omissão na lei. Em tal caso, deverá decidir por analogia, pelos princípios gerais de direito ou por eqüidade.

38) Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios.

Art 114 - A especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros, resultantes do regime e dos princípios que ela adota.

...

Art 120 - Os sindicatos e as associações profissionais serão reconhecidos de conformidade com a lei.

Art 121 - A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País.

...

Art 122 - Para dirimir questões entre empregadores e empregados, regidas pela legislação social, fica instituída a Justiça do Trabalho, à qual não se aplica o disposto no Capítulo IV do Título I.

Parágrafo único - A constituição dos Tribunais do Trabalho e das Comissões de Conciliação obedecerá sempre ao princípio da eleição de membros, metade pelas associações representativas dos empregados, e metade pelas dos empregadores, sendo o presidente de livre nomeação do Governo, escolhido entre pessoas de experiência e notória capacidade moral e intelectual.

Art 123 - São equiparados aos trabalhadores, para todos os efeitos das garantias e dos benefícios da legislação social, os que exerçam profissões liberais.

...

Art 171 - Os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda nacional, estadual ou municipal, por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício dos seus cargos.

§ 1º - Na ação proposta contra a Fazenda pública, e fundada em lesão praticada por funcionário, este será sempre citado como litisconsorte.

§ 2º - Executada a sentença contra a Fazenda, esta promoverá execução contra o funcionário culpado.

...

Art. 179 - Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes, poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público.

...

Art 182 - Os pagamentos devidos pela Fazenda federal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão na ordem de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, sendo vedada a designação de caso ou pessoas nas verbas legais.

Parágrafo único - Estes créditos serão consignados pelo Poder Executivo ao Poder Judiciário, recolhendo-se as importâncias ao cofre dos depósitos públicos. Cabe ao Presidente da Corte Suprema expedir as ordens de pagamento, dentro das forças do depósito, e, a requerimento do credor que alegar preterição da sua precedência, autorizar o seqüestro da quantia necessária para o satisfazer, depois de ouvido o Procurador-Geral da República.

...

Art 187 - Continuam em vigor, enquanto não revogadas, as leis que, explícita ou implicitamente, não contrariarem as disposições desta Constituição.

DISPOSIÇÕES TRANSITÓRIAS

...

Art 26 - Esta Constituição, escrita na mesma ortografia da de 1891 e que fica adotada no País, será promulgada pela Mesa da Assembléia, depois de assinada pelos Deputados presentes, e entrará em vigor na data de sua publicação.

Mandamos, portanto, a todas as autoridades a quem o conhecimento desta Constituição pertencer, que a executem, a façam executar e observar fiel e inteiramente como nela se contém.

Publique-se e cumpra-se, em todo o território da Nação.

Sala das Sessões da Assembléia Nacional Constituinte, na cidade do Rio de Janeiro, em dezesseis de julho de mil novecentos e trinta e quatro."

Na Constituição outorgada por Getúlio Vargas em 1937, destacam-se:

"**CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL (DE 10 DE NOVEMBRO DE 1937)**

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL ,

ATENDENDO às legitimas aspirações do povo brasileiro à paz política e social, profundamente perturbada por conhecidos fatores de desordem, resultantes da crescente a gravação dos dissídios partidários, que, uma, notória propaganda demagógica procura desnaturar em luta de classes, e da extremação, de conflitos ideológicos, tendentes, pelo seu desenvolvimento natural, resolver-se em termos de violência, colocando a Nação sob a funesta iminência da guerra civil;

ATENDENDO ao estado de apreensão criado no País pela infiltração comunista, que se torna dia a dia mais extensa e mais profunda, exigindo remédios, de caráter radical e permanente;

ATENDENDO a que, sob as instituições anteriores, não dispunha, o Estado de meios normais de preservação e de defesa da paz, da segurança e do bem-estar do povo;

Sem o apoio das forças armadas e cedendo às inspirações da opinião nacional, umas e outras justificadamente apreensivas diante dos perigos que ameaçam a nossa unidade e da rapidez com que se vem processando a decomposição das nossas instituições civis e políticas;

Resolve assegurar à Nação a sua unidade, o respeito à sua honra e à sua independência, e ao povo brasileiro, sob um regime de paz política e social, as condições necessárias à sua segurança, ao seu bem-estar e à sua prosperidade, decretando a seguinte Constituição, que se cumprirá desde hoje em todo o Pais:

CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL

DA ORGANIZAÇÃO NACIONAL

Art 1º - O Brasil é uma República. O poder político emana do povo e é exercido em nome dele e no interesse do seu bem-estar, da sua honra, da sua independência e da sua prosperidade.

...

Art 16 - Compete privativamente à União o poder de legislar sobre as seguintes matérias:

...

XVI - o direito civil, o direito comercial, o direito aéreo, o direito operário, o direito penal e o direito processual;

...

XXII - divisão judiciária do Distrito Federal e dos Territórios;

...

XXVII - normas fundamentais da defesa e proteção da saúde, especialmente da saúde da criança.

Art 17 - Nas matérias de competência exclusiva da União, a lei poderá delegar aos Estados a faculdade de legislar, seja para regular a matéria, seja para suprir as lacunas da legislação federal, quando se trate de

questão que interesse, de maneira predominante, a um ou alguns Estados. Nesse caso, a lei votada pela Assembléia estadual só entrará em vigor mediante aprovação do Governo federal.

...

Art 33 - Nenhuma autoridade federal, estadual ou municipal recusará fé aos documentos emanados de qualquer delas.

...

DO PODER LEGISLATIVO

Art 38 - O Poder Legislativo é exercido pelo Parlamento Nacional com a colaboração do Conselho da Economia Nacional e do Presidente da República, daquele mediante parecer nas matérias da sua competência consultiva e deste pela iniciativa e sanção dos projetos de lei e promulgação dos decretos-leis autorizados nesta Constituição.

§ 1º - O Parlamento nacional compõe-se de duas Câmaras: a Câmara dos Deputados e o Conselho Federal.

...

Art 42 - Durante o prazo em que estiver funcionando o Parlamento, nenhum dos seus membros poderá ser preso ou processado criminalmente, sem licença da respectiva Câmara, salvo caso de flagrante em crime inafiançável.

...

DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA

Art 73 - o Presidente da República, autoridade suprema do Estado, coordena a atividade dos órgãos representativos, de grau superior, dirige a política interna e externa, promove ou orienta a política legislativa de interesse nacional, e superintende a administração do País.

...

DA RESPONSABILIDADE DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA

Art 85 - São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República definidos em lei, que atentarem contra:

...

d) a probidade administrativa e a guarda e emprego dos dinheiros público;

e) a execução das decisões judiciárias.

Art 86 - O Presidente da República será submetido a processo e julgamento perante o Conselho Federal, depois de declarada por dois terços de votos da Câmara dos Deputados a procedência da acusação.

§ 1º - O Conselho Federal só poderá aplicar a pena de perda de cargo, com inabilitação até o máximo de cinco anos para o exercício de qualquer função pública, sem prejuízo das ações cíveis e criminais cabíveis na espécie.

§ 2º - Uma lei especial definirá os crimes de responsabilidade do Presidente da República e regulará a acusação, o processo e o julgamento.

Art 87 - O Presidente da República não pode, durante o exercício de suas funções, ser responsabilizado por atos estranhos às mesmas.

...

DO PODER JUDICIÁRIO
DISPOSIçõES PRELIMINARES

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.

...

Art 94 - É vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas.

Art 95 - os pagamentos devidos pela Fazenda federal, em virtude de sentenças judiciárias, far-se-ão na ordem em que forem apresentadas as precatórias e à conta dos créditos respectivos, vedada a designação de casos ou pessoas nas verbas orçamentárias ou créditos destinados àquele fim.

Parágrafo único - As verbas orçamentárias e os créditos votados para os pagamentos devidos, em virtude de sentença judiciária, pela Fazenda federal, serão consignados ao Poder Judiciário, recolhendo-se as importâncias ao cofre dos depósitos públicos. Cabe ao Presidente do Supremo Tribunal Federal expedir as ordens de pagamento, dentro das forças do depósito, e, a requerimento do credor preterido em seu direito de precedência, autorizar o seqüestro da quantia necessária para satisfazê-lo, depois de ouvido o Procurador-Geral da República.

Art 96 - Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República.

Parágrafo único - No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.

DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Art 97 - O Supremo Tribunal Federal, com sede na Capital da República e jurisdição em todo o território nacional, compõe-se de onze Ministros.

...

DA JUSTIÇA DOS ESTADOS, DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS

Art 103 - Compete aos Estados legislar sobre a sua divisão e organização judiciária e prover os respectivos cargos, observados os preceitos dos arts. 91 e 92 e mais os seguintes princípios:

...

DA JUSTIÇA MILITAR

Art 111 - Os militares e as pessoas a eles assemelhadas terão foro especial nos delitos militares. Esse foro poderá estender-se aos civis, nos casos definidos em lei, para os crimes contra a segurança externa do Pais ou contra as instituições militares.

...

DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS

Art 122 - A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

1º) todos são iguais perante a lei;

2º) todos os brasileiros gozam do direito de livre circulação em todo o território nacional, podendo fixar-se em qualquer dos seus pontos, aí adquirir imóveis e exercer livremente a sua atividade;

3º) os cargos públicos são igualmente acessíveis a todos os brasileiros, observadas as condições de capacidade prescritas nas leis e regulamentos;

4º) todos os indivíduos e confissões religiosas podem exercer pública e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito comum, as exigências da ordem pública e dos bons costumes;

5º) os cemitérios terão caráter secular e serão administrados pela autoridade municipal;

6º) a inviolabilidade do domicílio e de correspondência, salvas as exceções expressas em lei;

7º) o direito de representação ou petição perante as autoridades, em defesa de direitos ou do interesse geral;

8º) a liberdade de escolha de profissão ou do gênero de trabalho, indústria ou comércio, observadas as condições de capacidade e as restrições impostas pelo bem público nos termos da lei;

9º) a liberdade de associação, desde que os seus fins não sejam contrários à lei penal e aos bons costumes;

10) todos têm direito de reunir-se pacificamente e sem armas. As reuniões a céu aberto podem ser submetidas à formalidade de declaração, podendo ser interditadas em caso de perigo imediato para a segurança pública;

11) à exceção do flagrante delito, a prisão não poderá efetuar-se senão depois de pronúncia do indiciado, salvo os casos determinados em lei e mediante ordem escrita da autoridade competente. Ninguém poderá ser conservado em prisão sem culpa formada, senão pela autoridade competente, em virtude de lei e na forma por ela regulada; a instrução criminal será contraditória, asseguradas antes e depois da formação da culpa as necessárias garantias de defesa;

12) nenhum brasileiro poderá ser extraditado por governo estrangeiro;

13) não haverá penas corpóreas perpétuas. As penas estabelecidas ou agravadas na lei nova não se aplicam aos fatos anteriores. Além dos casos previstos na legislação militar para o tempo de guerra, a lei poderá prescrever a pena de morte para os seguintes crimes:

a) tentar submeter o território da Nação ou parte dele à soberania de Estado estrangeiro;

b) tentar, com auxilio ou subsidio de Estado estrangeiro ou organização de caráter internacional, contra a unidade da Nação, procurando desmembrar o território sujeito à sua soberania;

c) tentar por meio de movimento armado o desmembramento do território nacional, desde que para reprimi-lo se torne necessário proceder a operações de guerra;

d) tentar, com auxilio ou subsidio de Estado estrangeiro ou organização de caráter internacional, a mudança da ordem política ou social estabelecida na Constituição;

e) tentar subverter por meios violentos a ordem política e social, com o fim de apoderar-se do Estado para o estabelecimento da ditadura de uma classe social;

f) o homicídio cometido por motivo fútil e com extremos de perversidade;

14) o direito de propriedade, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia. O seu conteúdo e os seus limites serão os definidos nas leis que lhe regularem o exercício;

15) todo cidadão tem o direito de manifestar o seu pensamento, oralmente, ou por escrito, impresso ou por imagens, mediante as condições e nos limites prescritos em lei.

A lei pode prescrever:

a) com o fim de garantir a paz, a ordem e a segurança pública, a censura prévia da imprensa, do teatro, do cinematógrafo, da radiodifusão, facultando à autoridade competente proibir a circulação, a difusão ou a representação;

b) medidas para impedir as manifestações contrárias à moralidade pública e aos bons costumes, assim como as especialmente destinadas à proteção da infância e da juventude;

c) providências destinadas à proteção do interesse público, bem-estar do povo e segurança do Estado.

A imprensa reger-se-á por lei especial, de acordo com os seguintes princípios:

a) a imprensa exerce uma função de caráter público;

b) nenhum jornal pode recusar a inserção de comunicados do Governo, nas dimensões taxadas em lei;

c) é assegurado a todo cidadão o direito de fazer inserir gratuitamente nos jornais que o informarem ou injuriarem, resposta, defesa ou retificação;

d) é proibido o anonimato;

e) a responsabilidade se tornará efetiva por pena de prisão contra o diretor responsável e pena pecuniária aplicada à empresa;

f) as máquinas, caracteres e outros objetos tipográficos utilizados na impressão do jornal constituem garantia do pagamento da multa, reparação ou indenização, e das despesas com o processo nas condenações

pronunciadas por delito de imprensa, excluídos os privilégios eventuais derivados do contrato de trabalho da empresa jornalística com os seus empregados. A garantia poderá ser substituída por uma caução depositada no principio de cada ano e arbitrada pela autoridade competente, de acordo com a natureza, a importância e a circulação do jornal;

g) não podem ser proprietários de empresas jornalisticas as sociedades por ações ao portador e os estrangeiros, vedado tanto a estes como às pessoas jurídicas participar de tais empresas como acionistas. A direção dos jornais, bem como a sua orientação intelectual, política e administrativa, só poderá ser exercida por brasileiros natos;

16) dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal, na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar;

17) os crimes que atentarem contra a existência, a segurança e a integridade do Estado, a guarda e o emprego da economia popular serão submetidos a processo e julgamento perante Tribunal especial, na forma que a lei instituir.

Art 123 - A especificação das garantias e direitos acima enumerados não exclui outras garantias e direitos, resultantes da forma de governo e dos princípios consignados na Constituição. O uso desses direitos e garantias terá por limite o bem público, as necessidades da defesa, do bem-estar, da paz e da ordem coletiva, bem como as exigências da segurança da Nação e do Estado em nome dela constituído e organizado nesta Constituição.

...

DA FAMÍLIA

Art 124 - A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado. Às famílias numerosas serão atribuídas compensações na proporção dos seus encargos.

Art 125 - A educação integral da prole é o primeiro dever e o direito natural dos pais. O Estado não será estranho a esse dever, colaborando, de maneira principal ou subsidiária, para facilitar a sua execução ou suprir as deficiências e lacunas da educação particular.

...

DA EDUCAÇAO E DA CULTURA

Art 128 - A arte, a ciência e o ensino são livres à iniciativa individual e a de associações ou pessoas coletivas públicas e particulares.

É dever do Estado contribuir, direta e indiretamente, para o estímulo e desenvolvimento de umas e de outro, favorecendo ou fundando instituições artísticas, científicas e de ensino.

Art 129 - A infância e à juventude, a que faltarem os recursos necessários à educação em instituições particulares, é dever da Nação, dos Estados e dos Municípios assegurar, pela fundação de instituições públicas de ensino em todos os seus graus, a possibilidade de receber uma educação adequada às suas faculdades, aptidões e tendências vocacionais.

O ensino pré-vocacional profissional destinado às classes menos favorecidas é em matéria de educação o primeiro dever de Estado. Cumpre-lhe dar execução a esse dever, fundando institutos de ensino profissional e subsidiando os de iniciativa dos Estados, dos Municípios e dos indivíduos ou associações particulares e profissionais.

É dever das indústrias e dos sindicatos econômicos criar, na esfera da sua especialidade, escolas de aprendizes, destinadas aos filhos de seus operários ou de seus associados. A lei regulará o cumprimento desse dever e os poderes que caberão ao Estado, sobre essas escolas, bem como os auxílios, facilidades e subsídios a lhes serem concedidos pelo Poder Público.

...

Art 134 - Os monumentos históricos, artísticos e naturais, assim como as paisagens ou os locais particularmente dotados pela natureza, gozam da proteção e dos cuidados especiais da Nação, dos Estados e dos Municípios. Os atentados contra eles cometidos serão equiparados aos cometidos contra o patrimônio nacional.

...

DOS FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS

Art 156 - O Poder Legislativo organizará o Estatuto dos Funcionários Públicos, obedecendo aos seguintes preceitos desde já em vigor:

a) o quadro dos funcionários públicos compreenderá todos os que exerçam cargos públicos criados em lei, seja qual for a forma de pagamento;

...

Art 157 - Poderá ser posto em disponibilidade, com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço, desde que não caiba no caso a pena de exoneração, o funcionário civil que estiver no gozo das garantias de estabilidade, se, a juízo de uma comissão disciplinar nomeada pelo Ministro ou chefe de serviço, o seu afastamento do exercício for considerado de conveniência ou de interesse público.

Art 158 - Os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda nacional, estadual ou municipal por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício dos seu cargos.

Art 159 - É vedada a acumulação de cargos públicos remunerados da União, dos Estados e dos Municípios.

DOS MILITARES DE TERRA E MAR

Art 160 - A lei organizará o estatuto dos militares de terra e mar, obedecendo, entre outros, aos seguintes preceitos desde já em vigor:

...

Parágrafo único - O oficial das forças armadas, salvo o disposto no art. 172, § 2º, só perderá o seu posto e patente por condenação passada em julgado, a pena restritiva da liberdade por tempo superior a dois anos, ou quando, por tribunal militar competente, for, nos casos definidos em lei, declarado indigno do oficialato ou com ele incompatível.

...

Art 187 - Esta Constituição entrará em vigor na sua data e será submetida ao plebiscito nacional na forma regulada em decreto do Presidente da República.

Os oficiais em serviço ativo das forças armadas são considerados, independentemente de qualquer formalidade, alistados para os efeitos do plebiscito.

Rio de Janeiro, 10 de novembro de 1937. GETÚLIO VARGAS”

Na Constituição de 1946, promulgada em meio ao processo de redemocratização pós-Estado Novo ou “Era Vargas”, observam-se:

“**CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL (DE 18 DE SETEMBRO DE 1946)**

A Mesa da Assembléia Constituinte promulga a Constituição dos Estados Unidos do Brasil e o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, nos termos dos seus arts. 218 e 36, respectivamente, e manda a todas as autoridades, às quais couber o conhecimento e a execução desses atos, que os executem e façam executar e observar fiel e inteiramente como neles se contêm.

Publique-se e cumpra-se em todo o território nacional.

Rio de Janeiro, 18 de setembro de 1946; 125º da Independência e 58º da República.

...

CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL

TÍTULO I

Da Organização Federal

CAPÍTULO I

Disposições Preliminares

Art 1º - Os Estados Unidos do Brasil mantêm, sob o regime representativo, a Federação e a República.

Todo poder emana do povo e em seu nome será exercido.

...

Art 5º - Compete à União:

...

XV - legislar sobre:

a) direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, aeronáutico e do trabalho;

...

Art 6º - A competência federal para legislar sobre as matérias do art. 5º, nº XV, letras *b* , *e* , *d* , *f* , *h* , *j* , *l* , *o* e *r* , não exclui a legislação estadual supletiva ou complementar.

...

CAPÍTULO II

Do Poder Legislativo

SEÇÃO I

Disposições Preliminares

Art 37 - O Poder Legislativo é exercício pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

...

Art 45 - Desde a expedição do diploma até a inauguração da legislatura seguinte, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável, nem processados criminalmente, sem prévia licença de sua Câmara.

§ 1º - No caso de flagrante de crime inafiançável, os autos serão remetidos, dentro de quarenta e oito horas, à Câmara respectiva, para que resolva sobre a prisão e autorize, ou não, a formação da culpa.

§ 2º A Câmara interessada deliberará sempre pelo voto da maioria dos seus membros.

...

Art 53 - A Câmara dos Deputados e o Senado Federal criarão Comissões de inquérito sobre fato determinado, sempre que o requerer um terço dos seus membros.

Parágrafo único - Na organização dessas Comissões se observará o critério estabelecido no parágrafo único do art. 40.

...

CAPíTULO III

Do Poder Executivo

SEÇÃO I

Do Presidente e do Vice-Presidente da República

Art 78 - O Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República.

...

SEÇÃO III

Da Responsabilidade do Presidente da República

Art 88 - O Presidente da República, depois que a Câmara dos Deputados, pelo voto da maioria absoluta dos seus membros, declarar procedente a acusação, será submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal nos crimes comuns, ou perante o Senado Federal nos de responsabilidade.

Parágrafo único - Declarada a procedência da acusação, ficará o Presidente da República suspenso das suas funções.

Art 89 - São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentarem contra a Constituição federal e, especialmente, contra:

...

II - o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário e dos Poderes constitucionais dos Estados;

III - o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais;

...

V - a probidade na administração;

VI - a lei orçamentária;

VII - a guarda e o legal emprego dos dinheiros públicos;

VIII - o cumprimento das decisões judiciárias.

Parágrafo único - Esses crimes serão definidos em lei especial, que estabelecerá as normas de processo e julgamento.

...

CAPÍTULO IV

Do Poder Judiciário

SEÇÃO I

Disposições Preliminares

Art 94 - O Poder Judiciário é exercido pelos seguintes órgãos:

I - Supremo Tribunal Federal;

II - Tribunal Federal de Recursos;

III - Juízes e Tribunais militares;

IV - Juízes e Tribunais eleitorais;

V - Juízes e Tribunais do trabalho.

...

SEÇãO II

Do Supremo Tribunal Federal

Art 98 - O Supremo Tribunal Federal, com sede na Capital da República e jurisdição em todo o território nacional, compor-se-á de onze Ministros. Esse número, mediante proposta do próprio Tribunal, poderá ser elevado por lei.

...

SEÇãO III

Do Tribunal Federal de Recursos

Art 103 - O Tribunal Federal de Recursos, com sede na Capital federal compor-se-á de nove Juízes, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal, sendo dois terços entre magistrados e um terço entre advogados e membros do Ministério Público, com os requisitos do art. 99.

...

SEÇãO IV

Dos Juízes e Tribunais Militares

Art 106 - São órgãos da Justiça Militar o Superior Tribunal Militar e os Tribunais e Juízes inferiores que a lei instituir.

...

SEÇÃO V

Dos Juízes e Tribunais Eleitorais

Art 109 - Os órgãos da Justiça Eleitoral são os seguintes:

I - Tribunal Superior Eleitoral;

II - Tribunais Regionais Eleitorais;

III - Juntas Eleitorais;

IV - Juízes Eleitorais;

...

SEÇÃO VI

Dos Juízes e Tribunais do Trabalho

Art 122 - Os órgãos da Justiça do Trabalho são os seguintes:

I - Tribunal Superior do Trabalho;

II - Tribunais Regionais do Trabalho;

III - Juntas ou Juízes de Conciliação e Julgamento.

...

TÍTULO II

Da Justiça dos Estados

Art 124 - Os Estados organizarão a sua Justiça, com observância dos arts. 95 a 97 e também dos seguintes princípios:

...

IX - é da competência privativa do Tribunal de Justiça processar e julgar os Juízes de inferior instância nos crimes comuns e nos de responsabilidade;

...

TÍTULO III

Do Ministério Público

Art 125 - A lei organizará o Ministério Público da União, junto a Justiça Comum, a Militar, a Eleitoral e a do Trabalho.

...

TíTULO IV

Da Declaração de Direitos

CAPíTULO I

Da Nacionalidade e da Cidadania

Art 129 - São brasileiros:

...

CAPíTULO II

Dos Direitos e das Garantias individuais

Art 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 1º Todos são iguais perante a lei.

§ 2º Ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

§ 3º - A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

§ 4º - A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.

§ 5º - É livre a manifestação do pensamento, sem que dependa de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um, nos casos e na forma que a lei preceituar pelos abusos que cometer. Não é permitido o anonimato. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos não dependerá de licença do Poder Público. Não será, porém, tolerada propaganda de guerra, de processos violentos para subverter a ordem política e social, ou de preconceitos de raça ou de classe.

§ 6º - É inviolável o sigilo da correspondência.

§ 7º - É inviolável a liberdade de consciência e de crença e assegurado o livre exercício dos cultos religiosos, salvo o dos que contrariem a ordem pública ou os bons costumes. As associações religiosas adquirirão personalidade jurídica na forma da lei civil.

§ 8º - Por motivo de convicção religiosa, filosófica ou política, ninguém será privado de nenhum dos seus direitos, salvo se a invocar para se eximir de obrigação, encargo ou serviço impostos pela lei aos brasileiros em geral, ou recusar os que ela estabelecer em substituição daqueles deveres, a fim de atender escusa de consciência.

§ 9º - Sem constrangimento dos favorecidos, será prestada por brasileiro (art. 129, nº ^{s} I e II) assistência religiosa às forças armadas e, quando solicitada pelos interessados ou seus representantes legais, também nos estabelecimentos de internação coletiva.

§ 10 - Os cemitérios terão caráter secular e serão administrados pela autoridade municipal. É permitido a todas as confissões religiosas praticar neles os seus ritos. As associações religiosas poderão, na forma da lei, manter cemitérios particulares.

§ 11 - Todos podem reunir-se, sem armas, não intervindo a polícia senão para assegurar a ordem pública. Com esse intuito, poderá a policia designar o local para a reunião, contanto que, assim procedendo, não a frustre ou impossibilite.

§ 12 - É garantida a liberdade de associação para fins lícitos. Nenhuma associação poderá ser compulsoriamente dissolvida senão em virtude de sentença judiciária.

§ 13 - É vedada a organização, o registro ou o funcionamento de qualquer Partido Político ou associação, cujo programa ou ação contrarie o regime democrático, baseado na pluralidade dos Partidos e na garantia dos direitos fundamentais do homem.

§ 14 - É livre o exercício de qualquer profissão, observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer.

§ 15 - A casa é o asilo inviolável do indivíduo. Ninguém, poderá nela penetrar à noite, sem consentimento do morador, a não ser para acudir a vitimas de crime ou desastre, nem durante o dia, fora dos casos e pela forma que a lei estabelecer.

§ 16 - É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, se assim o exigir o bem público, ficando, todavia, assegurado o direito a indenização ulterior.

§ 17 - Os inventos industriais pertencem aos seus autores, aos quais a lei garantirá privilégio temporário ou, se a vulgarização convier à coletividade, concederá justo prêmio.

§ 18 - É assegurada a propriedade das marcas de indústria e comércio, bem como a exclusividade do uso do nome comercial.

§ 19 - Aos autores de obras literárias artísticas ou científicas pertence o direito exclusivo de reproduzi-las. Os herdeiros dos autores gozarão desse direito pelo tempo que a lei fixar.

§ 20 - Ninguém será preso senão em flagrante delito ou, por ordem escrita da autoridade competente, nos casos expressos em lei.

§ 21 - Ninguém será levado à prisão ou nela detido se prestar fiança permitida em lei.

§ 22 - A prisão ou detenção de qualquer pessoa será imediatamente comunicada ao Juiz competente, que a relaxará, se não for legal, e, nos casos previstos em lei, promoverá a responsabilidade da autoridade coatora.

§ 23 - Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. Nas transgressões disciplinares, não cabe o *habeas corpus* .

24 - Para proteger direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus* , conceder-se-á mandado de segurança, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder.

§ 25 - É assegurada aos acusados plena defesa, com todos os meios e recursos essenciais a ela, desde a nota de culpa, que, assinada pela autoridade competente, com os nomes do acusador e das testemunhas, será entregue ao preso dentro em vinte e quatro horas. A instrução criminal será contraditória.

§ 26 - Não haverá foro privilegiado nem Juízes e Tribunais de exceção.

§ 27 - Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente e na forma de lei anterior.

§ 28 - É mantida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, contanto que seja sempre ímpar o número dos seus membros e garantido o sigilo das votações, a plenitude da defesa do réu e a soberania dos veredictos. Será obrigatoriamente da sua competência o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

§ 29 - A lei penal regulará a individualização da pena e só retroagirá quando beneficiar o réu.

§ 30 - Nenhuma pena passará da pessoa do delinqüente.

§ 31 - Não haverá pena de morte, de banimento, de confisco nem de caráter perpétuo. São ressalvadas, quanto à pena de morte, as disposições da legislação militar em tempo de guerra com país estrangeiro. A lei disporá sobre o seqüestro e o perdimento de bens, no caso de enriquecimento ilícito, por influência ou com abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica,

§ 32 - Não haverá prisão civil por dívida, multa ou custas, salvo o caso do depositário infiel e o de inadimplemento de obrigação alimentar, na forma da lei.

§ 33 - Não será concedida a extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião e, em caso nenhum, a de brasileiro.

§ 34 - Nenhum tributo será exigido ou aumentado sem que a lei o estabeleça; nenhum será cobrado em cada exercício sem prévia autorização orçamentária, ressalvada, porém, a tarifa aduaneira e o imposto lançado por motivo de guerra.

§ 35 - O Poder Público, na forma que a lei estabelecer, concederá assistência judiciária aos necessitados.

§ 36 - A lei assegurará:

I - o rápido andamento dos processos nas repartições públicas;

II - a ciência aos interessados dos despachos e das informações a que eles se refiram;

III - a expedição das certidões requeridas para defesa de direito;

IV - a expedição das certidões requeridas para esclarecimento de negócios administrativos, salvo se o interesse público impuser sigilo.

§ 37 - É assegurado a quem quer que seja o direito de representar, mediante petição dirigida aos Poderes Públicos, contra abusos de autoridades, e promover a responsabilidade delas.

§ 38 - Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados, dos Municípios, das entidades autárquicas e das sociedades de economia mista.

...

Art 144 - A especificação, dos direitos e garantias expressas nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota.

...

TíTULO V

Da Ordem Econômica e Social

Art 145 - A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano.

Parágrafo único - A todos é assegurado trabalho que possibilite existência digna. O trabalho é obrigação social.

...

Art 159 - É livre a associação profissional ou sindical, sendo reguladas por lei a forma de sua constituição, a sua representação legal nas convenções coletivas de trabalho e o exercício de funções delegadas pelo Poder Público.

...

TíTULO VI

Da Família, da Educação e da Cultura

CAPÍTULO I

Da Família

Art 163 - A família é constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel e terá direito à proteção especial do Estado.

...

CAPÍTULO II

Da Educação e da Cultura

Art 166 - A educação é direito de todos e será dada no lar e na escola. Deve inspirar-se nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana.

...

TÍTULO VII

Das Forças Armadas

Art 176 - As forças armadas, constituídas essencialmente pelo Exército, Marinha e Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República e dentro dos limites da lei.

...

TÍTULO VIII

Dos Funcionários Públicos

Art 184 - Os cargos públicos são acessíveis a todos os brasileiros, observados os requisitos que a lei estabelecer.

...

Art 187 - São vitalícios somente os magistrados, os Ministros do Tribunal de Contas, titulares de Ofício de Justiça e os professores catedráticos.

Art 188 - São estáveis:

...

Art 189 - Os funcionários públicos perderão o cargo:

I - quando vitalícios, somente em virtude de sentença judiciária;

II - quando estáveis, no caso do número anterior, no de se extinguir o cargo ou no de serem demitidos mediante processo administrativo em que se lhes tenha assegurado ampla defesa.

Parágrafo único - Extinguindo-se o cargo, o funcionário estável ficará em disponibilidade remunerada até o seu obrigatório aproveitamento em outro cargo de natureza e vencimentos compatíveis com o que ocupava.

Art 190 - Invalidada por sentença a demissão de qualquer funcionário, será ele reintegrado; e quem lhe houver ocupado o lugar ficará destituído de pleno ou será reconduzido ao cargo anterior, mas sem direito a indenização.

...

Art 194 - As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros.

Parágrafo único - Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes.

...

Art 200 - Só pelo voto da maioria absoluta dos seus membros poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Poder Público.

Art 201 - As causas em que a União, for autora serão aforadas na Capital do Estado ou Território em que tiver domicílio a outra parte. As intentadas contra a União poderão ser aforadas na Capital do Estado ou Território em que for domiciliado o autor; na Capital do Estado em que se verificou o ato ou fato originador da demanda ou esteja situada a coisa; ou ainda no Distrito Federal.

§ 1 º - As causas propostas perante outros Juízes, se a União, nelas intervier como assistente ou opoente, passarão a ser da competência de um dos Juízos da Capital.

§ 2 º - A lei poderá permitir que a ação seja proposta noutro foro, cometendo ao Ministério Público estadual a representação judicial da União.

...

Art 218 - Esta Constituição e o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, depois de assinados pelos Deputados e Senadores presentes, serão promulgados simultaneamente pela Mesa da Assembléia Constituinte e entrarão em vigor na data da sua publicação.

Rio de Janeiro, em 18 de setembro de 1946.

FERNANDO DE MELLO VIANNA, PRESIDENTE”

Na Carta de 1967, destacam-se:

“**CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1967**

O Congresso Nacional, invocando a proteção de Deus, decreta e promulga a seguinte

CONSTITUIÇÃO DO BRASIL

TÍTULO I

Da Organização Nacional

CAPÍTULO I

Disposições Preliminares

Art 1º - O Brasil é uma República Federativa, constituída sob o regime representativo, pela união indissolúvel dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

§ 1º - Todo poder emana do povo e em seu nome é exercido.

...

Art 6º - São Poderes da União, independentes e harmônicos, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Parágrafo único - Salvo as exceções previstas nesta Constituição, é vedado a qualquer dos Poderes delegar atribuições; o cidadão investido na função de um deles não poderá exercer a de outro.

...

Art 8º - Compete à União:

...

XVII - legislar sobre:

...

b) direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, aéreo, marítimo e do trabalho;

...

CAPÍTULO VI

Do Poder Legislativo

SEÇãO I

Disposições Gerais

Art 29 - O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

...

Art 34 - Os Deputados e Senadores são invioláveis no exercício de mandato, por suas opiniões, palavras e votos.

§ 1º - Desde a expedição do diploma até a inauguração da Legislatura seguinte, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo flagrante de crime inafiançável, nem processados criminalmente, sem prévia licença de sua Câmara.

§ 2º - Se no prazo de noventa dias, a contar do recebimento, a respectiva Câmara não deliberar sobre o pedido de licença, será este incluído automaticamente em Ordem do Dia e nesta permanecerá durante quinze sessões ordinárias consecutivas, tendo-se como concedida a licença se, nesse prazo, não ocorrer deliberação.

§ 3º - No caso de flagrante de crime inafiançável, os autos serão remetidos, dentro de quarenta e oito horas, à Câmara respectiva, para que, por voto secreto, resolva sobre a prisão e autorize, ou não, a formação da culpa.

§ 4º - A incorporação, às forças armadas, de Deputados e Senadores, ainda que militares, mesmo em tempo de guerra, depende de licença da sua Câmara, concedida por voto secreto.

§ 5º - As prerrogativas processuais dos Senadores e Deputados, arrolados como testemunhas, não subsistirão se deixarem eles de atender, sem justa causa, no prazo de trinta dias, ao convite judicial.

...

SEÇÃO V

Do Processo Legislativo

Art 49 - O processo legislativo compreende a elaboração de:

I - emendas à Constituição;

II - leis complementares à Constituição;

III - leis ordinárias;

IV - leis delegadas;

V - decretos-leis;

VI - decretos legislativos;

VII - resoluções.

...

SEÇÃO VII

Da Fiscalização Financeira e Orçamentária

Art 71 - A fiscalização financeira e orçamentária da União será exercida pelo Congresso Nacional através de controle externo, e dos sistemas de controle interno do Poder Executivo, instituídos por lei.

§ 1º - O controle externo do Congresso Nacional será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas e compreenderá a apreciação das contas do Presidente da República, o desempenho das funções de auditoria financeira e orçamentária, e o julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos.

...

§ 4º - O julgamento da regularidade das contas dos administradores e demais responsáveis será baseado em levantamentos contábeis, certificados de auditoria e pronunciamentos das autoridades administrativas, sem prejuízo das inspeções referidas no parágrafo anterior.

§ 5º - As normas de fiscalização financeira e orçamentária estabelecidas nesta seção aplicam-se às autarquias.

Art 72 - O Poder Executivo manterá sistema de controle interno, visando a:

...

CAPíTULO VII

Do Poder Executivo

SEÇÃO I

Do Presidente e do Vice-Presidente da República

Art 74 - O Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado.

...

SEÇÃO III

Da Responsabilidade do Presidente da República

Art 84 - São crimes de responsabilidade os atos do Presidente que atentarem contra a Constituição federal e, especialmente:

I - a existência da União;

II - o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário e dos Poderes constitucionais dos Estados;

III - o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais;

IV - a segurança interna do País;

V - a probidade na administração;

VI - a lei orçamentária;

VII - o cumprimento das decisões judiciárias e das leis.

Parágrafo único - Esses crimes serão definidos em lei especial, que estabelecerá as normas de processo e julgamento.

Art 85 - O Presidente, depois que a Câmara dos Deputados declarar procedente a acusação pelo voto de dois terços de seus membros, será submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal. nos crimes comuns, ou, perante o Senado Federal, nos de responsabilidade.

§ 1º - Declarada procedente a acusação, o Presidente ficará suspenso de suas funções.

§ 2º - Decorrido o prazo de sessenta dias, se o julgamento não estiver concluído, o processo será. arquivado.

...

SEÇÃO VII

Dos Funcionários Públicos

Art 95 - Os cargos públicos são acessíveis a todos os brasileiros, preenchidos os requisitos que a lei estabelecer.

...

Art 98 - São vitalícios os magistrados e os Ministros do Tribunal de Contas.

Art 99 - São estáveis, após dois anos, os funcionários, quando nomeados por concurso.

§ 1º - Ninguém pode ser efetivado ou adquirir estabilidade, como funcionário, se não prestar concurso público.

...

Art 104 - Aplica-se a legislação trabalhista aos servidores admitidos temporariamente para obras, ou contratados para funções de natureza técnica ou especializada.

Art 105 - As pessoas jurídicas de direito público respondem pelos danos que es seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros.

Parágrafo único - Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo.

Art 106 - Aplica-se aos funcionários dos Poderes Legislativo e Judiciário, assim como aos dos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios, o disposto nesta Seção, inclusive, no que couber, os sistemas de classificação e níveis de vencimentos dos cargas de serviço civil do respectivo Poder Executivo, ficando-lhes, outrossim, vedada a vinculação ou equiparação de qualquer natureza para o efeito de remuneração de pessoal do serviço público.

...

CAPÍTULO VIII

Do Poder Judiciário

SEÇÃO I

Disposições Preliminares

Art 107 - O Poder Judiciário da União é exercido pelos seguintes órgãos:

I - Supremo Tribunal Federal;

II - Tribunais Federais de Recursos e Juizes Federais;

III - Tribunais e Juízes Militares;

IV - Tribunais e Juízes Eleitorais;

V - Tribunais e Juízes do Trabalho.

...

SEÇÃO II

Do Supremo Tribunal Federal

Art 113 - O Supremo Tribunal Federal, com sede, na Capital da União e jurisdição em todo o território nacional, compõe-se de dezesseis Ministros.

§ 1º - Os Ministros serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal, dentre brasileiros, natos, maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

§ 2º - Os Ministros serão, nos crimes de responsabilidade, processados e julgados pelo Senado Federal.

...

SEÇÃO III

Dos Tribunais Federais de Recursos

Art 116 - O Tribunal Federal de Recursos compõe-se de treze Ministros vitalícios nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal, sendo oito entre magistrados e cinco entre advogados e membros do Ministério Público, todos com os requisitos do art. 113, § 1º

...

SEÇÃO IV

Dos Juízes Federais

Art 118 - Os Juízes Federais, serão nomeados pelo Presidente da República, dentre brasileiros, maiores de trinta anos, de cultura e idoneidade moral, mediante concurso de títulos e provas, organizado pelo Tribunal Federal ele Recursos, conforme a respectiva jurisdição.

...

SEÇÃO V

Dos Tribunais e Juízes Militares

Art 120 - São órgãos da Justiça Militar o Superior - Tribunal Militar e os Tribunais e Juizes inferiores instituídos por lei.

...

Dos Tribunais e Juizes Eleitorais

Art 123 - Os órgãos da Justiça Eleitoral são os seguintes:

I - Tribunal Superior Eleitoral;
II - Tribunais Regionais Eleitorais;
III - Juízes Eleitorais,,
IV - Juntas Eleitorais.

Parágrafo único - Os Juízes dos Tribunais Eleitorais, salvo motivo justificado, servirão obrigatoriamente, no mínimo, por dois anos, e nunca por mais de dois biênios consecutivos; os substitutos serão escolhidos, na mesma ocasião e pelo mesmo processo, em número igual para cada categoria.

...

SEÇÃO VII

Dos Juízos e Tribunais do Trabalho

Art 133 - Os órgãos da Justiça do Trabalho são os seguintes:
I - Tribunal Superior do Trabalho;
II - Tribunais Regionais do Trabalho;
III - Juntas de Conciliação e Julgamento.

...

SEÇÃO VIII

Da Justiça dos Estados

Art 136 - Os Estados organizarão a sua Justiça, observados os arts. 108 a 112 desta Constituição e os dispositivos seguintes:

...

§ 3º - Compete privativamente ao Tribunal de Justiça processar e julgar os membros do Tribunal de Alçada e os Juizes de inferior instância, nos crimes comuns e nos de responsabilidade, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral, quando se tratar de crimes eleitorais.

...

SEÇãO IX

Do Ministério Público

Art 137 - A lei organizará o Ministério Público da União junto aos Juizes e Tribunais Federais.

Art 138 - O Ministério Público Federal tem por Chefe o Procurador-Geral da República, o qual será nomeado pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal, dentre cidadãos com os requisitos Indicados no art. 113, § 1º.

§ 1º - Os membros do Ministério Público da União, do Distrito Federal e dos Territórios ingressarão nos cargos iniciais de carreira, mediante concurso público de provas e títulos. Após dois anos de exercício, não poderão ser demitidos senão por sentença judiciária, ou em virtude de processo administrativo em que se lhes faculte ampla defesa; nem removidos, a não ser mediante representação do Procurador-Geral, com fundamento em conveniência do serviço.

§ 2º - A União será representada em Juízo pelos Procuradores da República, podendo a lei cometer esse encargo, nas Comarcas do interior, ao Ministério Público local.

Art 139 - O Ministério Público dos Estados será organizado em carreira, por lei estadual, observado o disposto no parágrafo primeiro do artigo anterior.

Parágrafo único - Aplica-se aos membros do Ministério Público o disposto no art. 108, § 1º, e art. 136, § 4º.

...

TÍTULO II

Da Declaração de Direitos

CAPÍTULO I

Da Nacionalidade

Art 140 - São, brasileiros:

...

CAPÍTULO II

Dos Direitos Políticos

Art 142 - São eleitores os brasileiros maiores de dezoito anos, alistados na forma da lei.

...

CAPÍTULO III

Dos Partidos Políticos

Art 149 - A organização, o funcionamento e a extinção dos Partidos Políticos serão regulados em lei federal, observados os seguintes princípios:

...

CAPÍTULO IV

Dos Direitos e Garantias Individuais

Art 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no Pais a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 1º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção, de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. O preconceito de raça será punido pela lei.

§ 2º - Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

§ 3º - A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

§ 4º - A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.

§ 5º - É plena a liberdade de consciência e fica assegurado aos crentes o exercício dos cultos religiosos, que não contrariem a ordem pública e os bons costumes.

§ 6º - Por motivo de crença religiosa, ou de convicção filosófica ou política, ninguém será privado de qualquer dos seus direitos, salvo se a invocar para eximir-se de obrigação legal imposta a todos, caso em que a lei poderá determinar a perda dos direitos incompatíveis com a escusa de consciência.

§ 7º - Sem constrangimento dos favorecidos, será prestada por brasileiros, nos termos da lei, assistência religiosa às forças armadas e auxiliares e, quando solicitada pelos interessados ou seus representantes legais, também nos estabelecimentos de internação coletiva.

§ 8º - É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica e a prestação de informação sem sujeição à censura, salvo quanto a espetáculos de diversões públicas, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros, jornais e periódicos independe de licença da autoridade. Não será, porém, tolerada a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de raça ou de classe.

§ 9º - São invioláveis a correspondência e o sigilo das comunicações telegráficas e telefônicas.

§ 10 - A casa é o asilo inviolável. do indivíduo. Ninguém pode penetrar nela, à noite, sem consentimento do morador, a não ser em caso de crime ou desastre, nem durante o dia, fora dos casos e na forma que a lei estabelecer.

§ 11 - Não haverá pena de morte, de prisão perpétua, de banimento, nem de confisco. Quanto à pena de morte, fica ressalvada a legislação militar aplicável em caso de guerra externa. A lei disporá sobre o perdimento de bens por danos causados ao erário ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício de função pública.

§ 12 - Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita de autoridade competente. A lei disporá sobre a prestação de fiança. A prisão ou detenção de qualquer pessoa será Imediatamente comunicada ao Juiz competente, que a relaxará, se não for legal.

§ 13 - Nenhuma pena passará da pessoa do delinqüente. A lei regulará a individualização da pena.

§ 14 - Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral do detento e do presidiário.

§ 15 - A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os recursos a ela Inerentes. Não haverá foro privilegiado nem Tribunais de exceção.

§ 16 - A instrução criminal será contraditória, observada a lei anterior quanto ao crime e à pena, salvo quando agravar a situação do réu.

§ 17 - Não haverá prisão civil por dívida, multa ou custas, salvo o caso do depositário infiel, ou do responsável pelo inadimplemento de obrigação alimentar na forma da lei.

§ 18 - São mantidas a instituição e a soberania do júri, que terá competência no julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

§ 19 - Não será concedida a extradição do estrangeiro por crime político ou de opinião, nem em caso algum, a de brasileiro.

§ 20 - Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. Nas transgressões disciplinares não caberá *habeas Corpus* .

21 - Conceder-se-á mandado de segurança, para proteger direito individual liquido e certo não amparado por *habeas corpus* , seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder.

§ 22 - É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, ressalvado o disposto no art. 157, § 1º. Em caso de perigo público iminente, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior.

§ 23 - É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer.

§ 24 - A lei garantirá aos autores de inventos Industriais privilégio temporário para sua utilização e assegurará a propriedade das marcas de indústria e comércio, bem como a exclusividade do nome comercial.

§ 25 - Aos autores de obras literárias, artísticas e científicas pertence o direito exclusivo de utilizá-las. Esse direito é transmissível por herança, pelo tempo que a lei fixar.

§ 26 - Em tempo de paz, qualquer pessoa poderá entrar com seus bens no território nacional, nele permanecer ou dele sair, respeitados os preceitos da lei.

§ 27 - Todos podem reunir-se sem armas, não intervindo a autoridade senão para manter a ordem. A lei poderá determinar os casos em que será necessária a comunicação prévia à autoridade, bem como a designação, por esta, do local da reunião.

§ 28 - É garantida a liberdade de associação. Nenhuma associação poderá ser dissolvida, senão em virtude de decisão judicial.

§ 29 - Nenhum tributo será exigido ou aumentado sem que a lei o estabeleça; nenhum será cobrado em cada exercício sem prévia autorização orçamentária, ressalvados a tarifa aduaneira e o imposto lançado por motivo de guerra.

§ 30 - É assegurado a qualquer pessoa o direito de representação e de petição aos Poderes Públicos, em defesa de direitos ou contra abusos de autoridade.

§ 31 - Qualquer cidadão será parte legítima para propor ação popular que vise a anular atos lesivos ao patrimônio de entidades públicas.

§ 32 - Será concedida assistência Judiciária aos necessitados, na forma da lei.

§ 33 - A sucessão de bens de estrangeiros, situados no Brasil será regulada pela lei brasileira, em beneficio do cônjuge ou dos filhos brasileiros, sempre que lhes não seja mais favorável a lei nacional do *decujus* .

§ 34 - A lei assegurará a expedição de certidões requeridas às repartições administrativas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações.

§ 35 - A especificação dos direitos e garantias expressas nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota.

Art 151 - Aquele que abusar dos direitos individuais previstos nos §§ 8º, 23. 27 e 28 do artigo anterior e dos direitos políticos, para atentar contra a ordem democrática ou praticar a corrupção, incorrerá na suspensão destes últimos direitos pelo prazo de dois a dez anos, declarada pelo Supremo Tribunal Federal, mediante representação do Procurador-Geral da República, sem prejuízo da ação civil ou penal cabível, assegurada ao paciente a mais ampla, defesa.

Parágrafo único - Quando se tratar de titular de mandato eletivo federal, o processo dependerá de licença da respectiva Câmara, nos termos do art. 34, § 3º.

...

TÍTULO IV

Da Família, da Educação e da Cultura

Art 167 - A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos.

...

Art 168 - A educação é direito de todos e será dada no lar e na escola; assegurada a igualdade de oportunidade, deve inspirar-se no princípio da unidade nacional e nos ideais de liberdade e de solidariedade humana.

§ 1º - O ensino será ministrado nos diferentes graus pelos Poderes Públicos.

§ 2º - Respeitadas as disposições legais, o ensino é livre à Iniciativa particular, a qual merecerá o amparo técnico e financeiro dos Poderes Públicos, inclusive bolsas de estudo.

...

Art 169 - Os Estados e o Distrito Federal organizarão os seus sistemas de ensino, e, a União, os dos Territórios, assim como o sistema federal, o qual terá caráter supletivo e se estenderá a todo o País, nos estritos limites das deficiências locais.

§ 1º - A União prestará assistência técnica e financeira para o desenvolvimento dos sistemas estaduais e do Distrito Federal.

§ 2º - Cada sistema de ensino terá, obrigatoriamente, serviços de assistência educacional que assegurem aos alunos necessitados condições de eficiência escolar.

...

Art 171 - As ciências, as letras e as artes são livres.

Parágrafo único - O Poder Público incentivará a pesquisa científica e tecnológica.

Art 172 - O amparo à cultura é dever do Estado.

Parágrafo único - Ficam sob a proteção especial do Poder Público os documentos, as obras e os locais de valor histórico ou artístico, os monumentos e as paisagens naturais notáveis, bem como as jazidas arqueológicas.

...

TíTULO V

Das Disposições Gerais e Transitórias

Art 173 - Ficam aprovados e excluídos de apreciação judicial os atos praticados pelo Comando Supremo da Revolução de 31 de março de 1964, assim como:

...

Art 188 - Os Estados reformarão suas Constituições dentro em sessenta dias, para adaptá-las, no que couber, às normas desta Constituição. as quais, findo esse prazo, considerar-se-ão incorporadas automaticamente às cartas estaduais.

Parágrafo único - As Constituições dos Estados poderão adotar o regime de leis delegadas, proibidos os decretos-leis.

Art 189 - Esta Constituição será promulgada, simultaneamente, pelas Mesas das Casas do Congresso Nacional e entrará em vigor no dia 15 de março de 1967.

Brasília, 24 de janeiro de 1967; 146º da Independência e 79º da República."

Por fim, no texto da Constituição promulgada em 05 de outubro de 1988, com os acréscimos e reformas até 28 de dezembro de 2007, não exaustivamente, destacam-se:

"**CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**

PREÂMBULO

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

TÍTULO I

Dos Princípios Fundamentais

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

...

TÍTULO II

Dos Direitos e Garantias Fundamentais

CAPÍTULO I

DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS

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

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

<P

III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

VII - é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva;

VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal; (Vide Lei nº 9.296, de 1996)

XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

XV - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens;

XVI - todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente;

XVII - é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar;

XVIII - a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento;

XIX - as associações só poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou ter suas atividades suspensas por decisão judicial, exigindo-se, no primeiro caso, o trânsito em julgado;

XX - ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado;

XXI - as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente;

XXII - é garantido o direito de propriedade;

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;

XXV - no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano;

XXVI - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento;

XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

XXVIII - são assegurados, nos termos da lei:

a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;

b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas;

XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais,

à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País;

XXX - é garantido o direito de herança;

XXXI - a sucessão de bens de estrangeiros situados no País será regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, sempre que não lhes seja mais favorável a lei pessoal do "de cujus";

XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado; (Regulamento)

XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;

b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal;

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

XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção;

XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

a) a plenitude de defesa;

b) o sigilo das votações;

c) a soberania dos veredictos;

d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida;

XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;

XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura , o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;

XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

a) privação ou restrição da liberdade;

b) perda de bens;

c) multa;

d) prestação social alternativa;

e) suspensão ou interdição de direitos;

XLVII - não haverá penas:

a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;

b) de caráter perpétuo;

c) de trabalhos forçados;

d) de banimento;

e) cruéis;

XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;

XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

L - às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação;

LI - nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei;

LII - não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião;

LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - 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;

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

LVIII - o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei;

LIX - será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal;

LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;

LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

LXII - a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada;

LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

LXIV - o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial;

LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária;

LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança;

LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;

LXVIII - conceder-se-á "habeas-corpus" sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder;

LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por "habeas-corpus" ou "habeas-data", quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;

LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

a) partido político com representação no Congresso Nacional;

b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;

LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;

LXXII - conceder-se-á "habeas-data":

a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;

b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;

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;

LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

LXXV - o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença;

LXXVI - são gratuitos para os reconhecidamente pobres, na forma da lei:

a) o registro civil de nascimento;

b) a certidão de óbito;

LXXVII - são gratuitas as ações de "habeas-corpus" e "habeas-data", e, na forma da lei, os atos necessários ao exercício da cidadania.

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. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

...

CAPÍTULO II
DOS DIREITOS SOCIAIS

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 26, de 2000)

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

...

Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

I - a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical;

...

III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas;

...

V - ninguém será obrigado a filiar-se ou a manter-se filiado a sindicato;

VI - é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho;

...

Parágrafo único. As disposições deste artigo aplicam-se à organização de sindicatos rurais e de colônias de pescadores, atendidas as condições que a lei estabelecer.

Art. 9º É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender.

§ 1º - A lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.

...

CAPÍTULO III
DA NACIONALIDADE

Art. 12. São brasileiros:

...

Art. 13. A língua portuguesa é o idioma oficial da República Federativa do Brasil.

...

CAPÍTULO IV
DOS DIREITOS POLÍTICOS

Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

I - plebiscito;

II - referendo;

III - iniciativa popular.

...

Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:

...

CAPÍTULO V
DOS PARTIDOS POLÍTICOS

Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos:

I - caráter nacional;

II - proibição de recebimento de recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou de subordinação a estes;

III - prestação de contas à Justiça Eleitoral;

IV - funcionamento parlamentar de acordo com a lei.

...

TÍTULO III
Da Organização do Estado
CAPÍTULO I
DA ORGANIZAÇÃO POLÍTICO-ADMINISTRATIVA

Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

...

Art. 21. Compete à União:

I - manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais;

II - declarar a guerra e celebrar a paz;

III - assegurar a defesa nacional;

...

V - decretar o estado de sítio, o estado de defesa e a intervenção federal;

...

IX - elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social;

...

XIII - organizar e manter o Poder Judiciário, o Ministério Público e a Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios;

...

XVI - exercer a classificação, para efeito indicativo, de diversões públicas e de programas de rádio e televisão;

...

XVIII - planejar e promover a defesa permanente contra as calamidades públicas, especialmente as secas e as inundações;

...

XXIII - explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza e exercer monopólio estatal sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados, atendidos os seguintes princípios e condições:

...

d) a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 49, de 2006)

...

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;

...

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

I - zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público;

II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

III - proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos;

IV - impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural;

V - proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência;

VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;

VII - preservar as florestas, a fauna e a flora;

VIII - fomentar a produção agropecuária e organizar o abastecimento alimentar;

IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico;

X - combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos;

...

Parágrafo único. Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006)

...

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

I - direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico;

II - orçamento;

...

IV - custas dos serviços forenses;

V - produção e consumo;

VI - florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição;

VII - proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico;

VIII - responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

IX - educação, cultura, ensino e desporto;

X - criação, funcionamento e processo do juizado de pequenas causas;

XI - procedimentos em matéria processual;

XII - previdência social, proteção e defesa da saúde;

XIII - assistência jurídica e Defensoria pública;

XIV - proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência;

XV - proteção à infância e à juventude;

XVI - organização, garantias, direitos e deveres das polícias civis.

§ 1º - No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

§ 2º - A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.

§ 3º - Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.

§ 4º - A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.

...

CAPÍTULO III
DOS ESTADOS FEDERADOS

Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.

§ 1º - São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição.

...

CAPÍTULO IV
Dos Municípios

Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos:

...

CAPÍTULO V
DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
Seção I
DO DISTRITO FEDERAL

Art. 32. O Distrito Federal, vedada sua divisão em Municípios, reger- se-á por lei orgânica, votada em dois turnos com interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços da Câmara Legislativa, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição.

...

§ 1º - Ao Distrito Federal são atribuídas as competências legislativas reservadas aos Estados e Municípios.

....

CAPÍTULO VI
DA INTERVENÇÃO

...

Art. 36. A decretação da intervenção dependerá:

I - no caso do art. 34, IV, de solicitação do Poder Legislativo ou do Poder Executivo coacto ou impedido, ou de requisição do Supremo Tribunal Federal, se a coação for exercida contra o Poder Judiciário;

II - no caso de desobediência a ordem ou decisão judiciária, de requisição do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do Tribunal Superior Eleitoral;

III de provimento, pelo Supremo Tribunal Federal, de representação do Procurador-Geral da República, na hipótese do art. 34, VII, e no caso de recusa à execução de lei federal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 1º - O decreto de intervenção, que especificará a amplitude, o prazo e as condições de execução e que, se couber, nomeará o interventor, será submetido à apreciação do Congresso Nacional ou da Assembléia Legislativa do Estado, no prazo de vinte e quatro horas.

§ 2º - Se não estiver funcionando o Congresso Nacional ou a Assembléia Legislativa, far-se-á convocação extraordinária, no mesmo prazo de vinte e quatro horas.

§ 3º - Nos casos do art. 34, VI e VII, ou do art. 35, IV, dispensada a apreciação pelo Congresso Nacional ou pela Assembléia Legislativa, o decreto limitar-se-á a suspender a execução do ato impugnado, se essa medida bastar ao restabelecimento da normalidade.

§ 4º - Cessados os motivos da intervenção, as autoridades afastadas de seus cargos a estes voltarão, salvo impedimento legal.

CAPÍTULO VII
DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
Seção I
DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

...

§ 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

...

§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

...

Seção II
DOS SERVIDORES PÚBLICOS
(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 18, de 1998)

Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (Vide ADIN nº 2.135-4)

...

Seção III
DOS SERVIDORES PÚBLICOS
DOS MILITARES DOS ESTADOS, DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 18, de 1998)

Art. 42 Os membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, instituições organizadas com base na hierarquia e disciplina, são militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 18, de 1998)

...

Seção IV
DAS REGIÕES

Art. 43. Para efeitos administrativos, a União poderá articular sua ação em um mesmo complexo geoeconômico e social, visando a seu desenvolvimento e à redução das desigualdades regionais.

...

TÍTULO IV
Da Organização dos Poderes
CAPÍTULO I
DO PODER LEGISLATIVO
Seção I
DO CONGRESSO NACIONAL

Art. 44. O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

...

Seção II
DAS ATRIBUIÇÕES DO CONGRESSO NACIONAL

Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre:

...

II - plano plurianual, diretrizes orçamentárias, orçamento anual, operações de crédito, dívida pública e emissões de curso forçado;

...

IV - planos e programas nacionais, regionais e setoriais de desenvolvimento;

...

IX - organização administrativa, judiciária, do Ministério Público e da Defensoria Pública da União e dos Territórios e organização judiciária, do Ministério Público e da Defensoria Pública do Distrito Federal;

...

XI - criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

...

XV - fixação do subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, observado o que dispõem os arts. 39, § 4º; 150, II; 153, III; e 153, § 2º, I. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)

Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional;

...

V - sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa;

...

Seção III
DA CÂMARA DOS DEPUTADOS

Art. 51. Compete privativamente à Câmara dos Deputados:

I - autorizar, por dois terços de seus membros, a instauração de processo contra o Presidente e o Vice-Presidente da República e os Ministros de Estado;

II - proceder à tomada de contas do Presidente da República, quando não apresentadas ao Congresso Nacional dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa;

...

Seção IV
DO SENADO FEDERAL

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

I - processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 23, de 02/09/99)

II processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

III - aprovar previamente, por voto secreto, após argüição pública, a escolha de:

a) Magistrados, nos casos estabelecidos nesta Constituição;

b) Ministros do Tribunal de Contas da União indicados pelo Presidente da República;

c) Governador de Território;

d) Presidente e diretores do banco central;

e) Procurador-Geral da República;

f) titulares de outros cargos que a lei determinar;

...

X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;

...

Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 35, de 2001)

§ 1º Os Deputados e Senadores, desde a expedição do diploma, serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 35, de 2001)

§ 2º Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 35, de 2001)

§ 3º Recebida a denúncia contra o Senador ou Deputado, por crime ocorrido após a diplomação, o Supremo Tribunal Federal dará ciência à Casa respectiva, que, por iniciativa de partido político nela representado e pelo voto da maioria de seus membros, poderá, até a decisão final, sustar o andamento da ação. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 35, de 2001)

§ 4º O pedido de sustação será apreciado pela Casa respectiva no prazo improrrogável de quarenta e cinco dias do seu recebimento pela Mesa Diretora. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 35, de 2001)

§ 5º A sustação do processo suspende a prescrição, enquanto durar o mandato. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 35, de 2001)

...

Art. 58. O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação.

...

§ 3º - As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores.

...

Seção VIII
DO PROCESSO LEGISLATIVO
Subseção I
Disposição Geral

Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de:

I - emendas à Constituição;

II - leis complementares;

III - leis ordinárias;
IV - leis delegadas;
V - medidas provisórias;
VI - decretos legislativos;
VII - resoluções.

Parágrafo único. Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.

Subseção II

Da Emenda à Constituição

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

...

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;
II - o voto direto, secreto, universal e periódico;
III - a separação dos Poderes;
IV - os direitos e garantias individuais.

...

Seção IX

DA FISCALIZAÇÃO CONTÁBIL, FINANCEIRA E ORÇAMENTÁRIA

Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária.(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

...

Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:

...

CAPÍTULO II

DO PODER EXECUTIVO

Seção I

DO PRESIDENTE E DO VICE-PRESIDENTE DA REPÚBLICA

Art. 76. O Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado.

...

Seção III

Da Responsabilidade do Presidente da República

Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra:

I - a existência da União;
II - o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação;
III - o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais;
IV - a segurança interna do País;
V - a probidade na administração;
VI - a lei orçamentária;
VII - o cumprimento das leis e das decisões judiciais.

Parágrafo único. Esses crimes serão definidos em lei especial, que estabelecerá as normas de processo e julgamento.

Art. 86. Admitida a acusação contra o Presidente da República, por dois terços da Câmara dos Deputados, será ele submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, nas infrações penais comuns, ou perante o Senado Federal, nos crimes de responsabilidade.

§ 1º - O Presidente ficará suspenso de suas funções:

I - nas infrações penais comuns, se recebida a denúncia ou queixa-crime pelo Supremo Tribunal Federal;

II - nos crimes de responsabilidade, após a instauração do processo pelo Senado Federal.

§ 2º - Se, decorrido o prazo de cento e oitenta dias, o julgamento não estiver concluído, cessará o afastamento do Presidente, sem prejuízo do regular prosseguimento do processo.

§ 3º - Enquanto não sobrevier sentença condenatória, nas infrações comuns, o Presidente da República não estará sujeito a prisão.

§ 4º - O Presidente da República, na vigência de seu mandato, não pode ser responsabilizado por atos estranhos ao exercício de suas funções.

...

CAPÍTULO III
DO PODER JUDICIÁRIO
Seção I
DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário:

I - o Supremo Tribunal Federal;

I-A o Conselho Nacional de Justiça; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

II - o Superior Tribunal de Justiça;

III - os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais;

IV - os Tribunais e Juízes do Trabalho;

V - os Tribunais e Juízes Eleitorais;

VI - os Tribunais e Juízes Militares;

VII - os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

...

§ 2º O Supremo Tribunal Federal e os Tribunais Superiores têm jurisdição em todo o território nacional. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

...

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

...

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)

X as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

...

Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

...

Art. 99. Ao Poder Judiciário é assegurada autonomia administrativa e financeira.

...

Art. 100. à exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.

§ 1º É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos oriundos de sentenças transitadas em julgado, constantes de precatórios judiciários, apresentados até 1º de julho, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte, quando terão seus valores atualizados monetariamente.(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 30, de 2000)

§ 1º-A Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou invalidez, fundadas na responsabilidade civil, em virtude de sentença transitada em julgado.(Incluído pela Emenda Constitucional nº 30, de 2000)

§ 2º As dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados diretamente ao Poder Judiciário, cabendo ao Presidente do Tribunal que proferir a decisão exeqüenda determinar o pagamento segundo as possibilidades do depósito, e autorizar, a requerimento do credor, e exclusivamente para o caso de preterimento de seu direito de precedência, o seqüestro da quantia necessária à satisfação do débito.(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 30, de 2000)

§ 3º O disposto no *caput* deste artigo, relativamente à expedição de precatórios, não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas em lei como de pequeno valor que a Fazenda Federal, Estadual, Distrital ou Municipal deva fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 30, de 2000)

§ 4º São vedados a expedição de precatório complementar ou suplementar de valor pago, bem como fracionamento, repartição ou quebra do valor da execução, a fim de que seu pagamento não se faça, em parte, na forma estabelecida no § 3º deste artigo e, em parte, mediante expedição de precatório. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 37, de 2002)

§ 5º A lei poderá fixar valores distintos para o fim previsto no § 3º deste artigo, segundo as diferentes capacidades das entidades de direito público. (Parágrafo incluído pela Emenda Constitucional nº 30, de 2000 e Renumerado pela Emenda Constitucional nº 37, de 2002)

§ 6º O Presidente do Tribunal competente que, por ato comissivo ou omissivo, retardar ou tentar frustrar a liquidação regular de precatório incorrerá em crime de responsabilidade. (Parágrafo incluído pela Emenda Constitucional nº 30, de 2000 e Renumerado pela Emenda Constitucional nº 37, de 2002)

...

Seção II
DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

...

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente- Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República;

c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente;(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 23, de 1999)

...

e) o litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território;

f) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta;

...

j) a revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados;

l) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;

m) a execução de sentença nas causas de sua competência originária, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais;

n) a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados;

o) os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal;

p) o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade;

q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal;

r) as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

II - julgar, em recurso ordinário:

a) o "habeas-corpus", o mandado de segurança, o "habeas-data" e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão;

...

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

a) contrariar dispositivo desta Constituição;

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.

d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 1.º A argüição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei. (Transformado em § 1º pela Emenda Constitucional nº 3, de 17/03/93)

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso,

somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

§ 1º - O Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal.

§ 2º - Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

§ 3º - Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado.

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Vide Lei nº 11.417, de 2006).

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso."

Art. 103-B. O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de quinze membros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e seis anos de idade, com mandato de dois anos, admitida uma recondução, sendo: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

...

§ 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura:

I - zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências;

II - zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União;

III - receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa;

IV - representar ao Ministério Público, no caso de crime contra a administração pública ou de abuso de autoridade;

V - rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano;

VI - elaborar semestralmente relatório estatístico sobre processos e sentenças prolatadas, por unidade da Federação, nos diferentes órgãos do Poder Judiciário;

VII - elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar mensagem do Presidente do Supremo Tribunal Federal a ser remetida ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa.

...

§ 6º Junto ao Conselho oficiarão o Procurador-Geral da República e o Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

§ 7º A União, inclusive no Distrito Federal e nos Territórios, criará ouvidorias de justiça, competentes para receber reclamações e denúncias de qualquer interessado contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, ou contra seus serviços auxiliares, representando diretamente ao Conselho Nacional de Justiça.

...

Seção III
DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Art. 104. O Superior Tribunal de Justiça compõe-se de, no mínimo, trinta e três Ministros.

...

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I - processar e julgar, originariamente:

a) nos crimes comuns, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, e, nestes e nos de responsabilidade, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais;

b) os mandados de segurança e os **habeas data** contra ato de Ministro de Estado, dos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica ou do próprio Tribunal;(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 23, de 1999)

c) os **habeas corpus**, quando o coator ou paciente for qualquer das pessoas mencionadas na alínea "a", ou quando o coator for tribunal sujeito à sua jurisdição, Ministro de Estado ou Comandante da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 23, de 1999)

d) os conflitos de competência entre quaisquer tribunais, ressalvado o disposto no art. 102, I, "o", bem como entre tribunal e juízes a ele não vinculados e entre juízes vinculados a tribunais diversos;

e) as revisões criminais e as ações rescisórias de seus julgados;

f) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;

g) os conflitos de atribuições entre autoridades administrativas e judiciárias da União, ou entre autoridades judiciárias de um Estado e administrativas de outro ou do Distrito Federal, ou entre as deste e da União;

h) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal;

i) a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de exequatur às cartas rogatórias;(Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

II - julgar, em recurso ordinário:

...

b) os mandados de segurança decididos em única instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando denegatória a decisão;

c) as causas em que forem partes Estado estrangeiro ou organismo internacional, de um lado, e, do outro, Município ou pessoa residente ou domiciliada no País;

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;

b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

Parágrafo único. Funcionarão junto ao Superior Tribunal de Justiça: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

I - a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, cabendo-lhe, dentre outras funções, regulamentar os cursos oficiais para o ingresso e promoção na carreira; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

II - o Conselho da Justiça Federal, cabendo-lhe exercer, na forma da lei, a supervisão administrativa e orçamentária da Justiça Federal de primeiro e segundo graus, como órgão central do sistema e com poderes correicionais, cujas decisões terão caráter vinculante. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Seção IV

DOS TRIBUNAIS REGIONAIS FEDERAIS E DOS JUÍZES FEDERAIS

Art. 106. São órgãos da Justiça Federal:

I - os Tribunais Regionais Federais;

II - os Juízes Federais.

...

Art. 108. Compete aos Tribunais Regionais Federais:

I - processar e julgar, originariamente:

a) os juízes federais da área de sua jurisdição, incluídos os da Justiça Militar e da Justiça do Trabalho, nos crimes comuns e de responsabilidade, e os membros do Ministério Público da União, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral;

b) as revisões criminais e as ações rescisórias de julgados seus ou dos juízes federais da região;

c) os mandados de segurança e os "habeas-data" contra ato do próprio Tribunal ou de juiz federal;

...

e) os conflitos de competência entre juízes federais vinculados ao Tribunal;

II - julgar, em grau de recurso, as causas decididas pelos juízes federais e pelos juízes estaduais no exercício da competência federal da área de sua jurisdição.

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;

II - as causas entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e Município ou pessoa domiciliada ou residente no País;

III - as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional;

IV - os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral;

V - os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente;

V- A as causas relativas a direitos humanos a que se refere o § 5º deste artigo;(Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

...

VII - os "habeas-corpus", em matéria criminal de sua competência ou quando o constrangimento provier de autoridade cujos atos não estejam diretamente sujeitos a outra jurisdição;

VIII - os mandados de segurança e os "habeas-data" contra ato de autoridade federal, excetuados os casos de competência dos tribunais federais;

...

XI - a disputa sobre direitos indígenas.

§ 1º - As causas em que a União for autora serão aforadas na seção judiciária onde tiver domicílio a outra parte.

§ 2º - As causas intentadas contra a União poderão ser aforadas na seção judiciária em que for domiciliado o autor, naquela onde houver ocorrido o ato ou fato que deu origem à demanda ou onde esteja situada a coisa, ou, ainda, no Distrito Federal.

§ 3º - Serão processadas e julgadas na justiça estadual, no foro do domicílio dos segurados ou beneficiários, as causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado, sempre que a comarca não seja sede de vara do juízo federal, e, se verificada essa condição, a lei poderá permitir que outras causas sejam também processadas e julgadas pela justiça estadual.

§ 4º - Na hipótese do parágrafo anterior, o recurso cabível será sempre para o Tribunal Regional Federal na área de jurisdição do juiz de primeiro grau.

§ 5º Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Art. 110. Cada Estado, bem como o Distrito Federal, constituirá uma seção judiciária que terá por sede a respectiva Capital, e varas localizadas segundo o estabelecido em lei.

Parágrafo único. Nos Territórios Federais, a jurisdição e as atribuições cometidas aos juízes federais caberão aos juízes da justiça local, na forma da lei.

Seção V

DOS TRIBUNAIS E JUÍZES DO TRABALHO

Art. 111. São órgãos da Justiça do Trabalho:

I - o Tribunal Superior do Trabalho;
II - os Tribunais Regionais do Trabalho;
III - Juizes do Trabalho.(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 24, de 1999)
...
Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
I - as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
II - as ações que envolvam exercício do direito de greve; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
III - as ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
IV - os mandados de segurança, habeas corpus e habeas data , quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
V - os conflitos de competência entre órgãos com jurisdição trabalhista, ressalvado o disposto no art. 102, I, o; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
VI - as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
VII - as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
VIII - a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, a , e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
IX - outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
§ 1º - Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros.
§ 2º Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
§ 3º Em caso de greve em atividade essencial, com possibilidade de lesão do interesse público, o Ministério Público do Trabalho poderá ajuizar dissídio coletivo, competindo à Justiça do Trabalho decidir o conflito. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
...

Seção VI
DOS TRIBUNAIS E JUÍZES ELEITORAIS

Art. 118. São órgãos da Justiça Eleitoral:
I - o Tribunal Superior Eleitoral;
II - os Tribunais Regionais Eleitorais;
III - os Juízes Eleitorais;
IV - as Juntas Eleitorais.
...

Seção VII
DOS TRIBUNAIS E JUÍZES MILITARES

Art. 122. São órgãos da Justiça Militar:
I - o Superior Tribunal Militar;
II - os Tribunais e Juízes Militares instituídos por lei.
...

Art. 124. à Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei.

Parágrafo único. A lei disporá sobre a organização, o funcionamento e a competência da Justiça Militar.

...

Seção VIII
DOS TRIBUNAIS E JUÍZES DOS ESTADOS

Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.

§ 1º - A competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça.

§ 2º - Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão.

§ 3º A lei estadual poderá criar, mediante proposta do T ribunal de Justiça, a Justiça Militar estadual, constituída, em primeiro grau, pelos juízes de direito e pelos Conselhos de Justiça e, em segundo grau, pelo próprio Tribunal de Justiça, ou por Tribunal de Justiça Militar nos Estados em que o efetivo militar seja superior a vinte mil integrantes. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 4º Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 5º Compete aos juízes de direito do juízo militar processar e julgar, singularmente, os crimes militares cometidos contra civis e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, cabendo ao Conselho de Justiça, sob a presidência de juiz de direito, processar e julgar os demais crimes militares. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 6º O Tribunal de Justiça poderá funcionar descentralizadamente, constituindo Câmaras regionais, a fim de assegurar o pleno acesso do jurisdicionado à justiça em todas as fases do processo. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 7º O Tribunal de Justiça instalará a justiça itinerante, com a realização de audiências e demais funções da atividade jurisdicional, nos limites territoriais da respectiva jurisdição, servindo-se de equipamentos públicos e comunitários. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Art. 126. Para dirimir conflitos fundiários, o Tribunal de Justiça proporá a criação de varas especializadas, com competência exclusiva para questões agrárias. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Parágrafo único. Sempre que necessário à eficiente prestação jurisdicional, o juiz far-se-á presente no local do litígio.

CAPÍTULO IV
DAS FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA
Seção I
DO MINISTÉRIO PÚBLICO

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.

§ 1º - São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.

...

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

...

II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

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;

IV - promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição;

V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;

VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;

...

VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;

IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

§ 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.

§ 2º As funções do Ministério Público só podem ser exercidas por integrantes da carreira, que deverão residir na comarca da respectiva lotação, salvo autorização do chefe da instituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 3º O ingresso na carreira do Ministério Público far-se-á mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em sua realização, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e observando-se, nas nomeações, a ordem de classificação. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 4º Aplica-se ao Ministério Público, no que couber, o disposto no art. 93. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 5º A distribuição de processos no Ministério Público será imediata. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Art. 130. Aos membros do Ministério Público junto aos Tribunais de Contas aplicam-se as disposições desta seção pertinentes a direitos, vedações e forma de investidura.

Art. 130-A. O Conselho Nacional do Ministério Público compõe-se de quatorze membros nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, para um mandato de dois anos, admitida uma recondução, sendo: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

...

Seção II
DA ADVOCACIA PÚBLICA
(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

...

Seção III
DA ADVOCACIA E DA DEFENSORIA PÚBLICA

Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

Art. 134. 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. 5º, LXXIV.

...

CAPÍTULO III
DA SEGURANÇA PÚBLICA

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

...

Seção II
DAS LIMITAÇÕES DO PODER DE TRIBUTAR

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;

II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;

III - cobrar tributos:

a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado;

b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou;

c) antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, observado o disposto na alínea b; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

IV - utilizar tributo com efeito de confisco;

V - estabelecer limitações ao tráfego de pessoas ou bens, por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais, ressalvada a cobrança de pedágio pela utilização de vias conservadas pelo Poder Público;

VI - instituir impostos sobre:

a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;

b) templos de qualquer culto;

c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei;

d) livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão.

§ 1º A vedação do inciso III, *b,* não se aplica aos tributos previstos nos arts. 148, I, 153, I, II, IV e V; e 154, II; e a vedação do inciso III, *c,* não se aplica aos tributos previstos nos arts. 148, I, 153, I, II, III e V; e 154, II, nem à fixação da base de cálculo dos impostos previstos nos arts. 155, III, e 156, I. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

§ 2º - A vedação do inciso VI, "a", é extensiva às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços, vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes.

§ 3º - As vedações do inciso VI, "a", e do parágrafo anterior não se aplicam ao patrimônio, à renda e aos serviços, relacionados com exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário, nem exonera o promitente comprador da obrigação de pagar imposto relativamente ao bem imóvel.

§ 4º - As vedações expressas no inciso VI, alíneas "b" e "c", compreendem somente o patrimônio, a renda e os serviços, relacionados com as finalidades essenciais das entidades nelas mencionadas.

§ 5º - A lei determinará medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços.

§ 6.º Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica,

federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2.º, XII, g. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

§ 7.º A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido.(Incluído pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

...

Seção VI
DA REPARTIÇÃO DAS RECEITAS TRIBUTÁRIAS

Art. 157. Pertencem aos Estados e ao Distrito Federal:

...

Art. 158. Pertencem aos Municípios:

...

Art. 159. A União entregará:

...

Art. 160. É vedada a retenção ou qualquer restrição à entrega e ao emprego dos recursos atribuídos, nesta seção, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, neles compreendidos adicionais e acréscimos relativos a impostos.

...

CAPÍTULO II
DAS FINANÇAS PÚBLICAS
Seção I
NORMAS GERAIS

Art. 163. Lei complementar disporá sobre:

I - finanças públicas;

II - dívida pública externa e interna, incluída a das autarquias, fundações e demais entidades controladas pelo Poder Público;

III - concessão de garantias pelas entidades públicas;

IV - emissão e resgate de títulos da dívida pública;

V - fiscalização financeira da administração pública direta e indireta; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 40, de 2003)

VI - operações de câmbio realizadas por órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

VII - compatibilização das funções das instituições oficiais de crédito da União, resguardadas as características e condições operacionais plenas das voltadas ao desenvolvimento regional.

...

Seção II
DOS ORÇAMENTOS

Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão:

I - o plano plurianual;

II - as diretrizes orçamentárias;

III - os orçamentos anuais.

...

TÍTULO VII
Da Ordem Econômica e Financeira
CAPÍTULO I
DOS PRINCÍPIOS GERAIS DA ATIVIDADE ECONÔMICA

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

...

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

...

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

...

§ 2º - As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

...

§ 3º - A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade.

§ 4º - A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

§ 5º - A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

...

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

...

CAPÍTULO II
DA POLÍTICA URBANA

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem- estar de seus habitantes.

...

CAPÍTULO III
DA POLÍTICA AGRÍCOLA E FUNDIÁRIA E DA REFORMA AGRÁRIA

Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.

...

CAPÍTULO IV
DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL

Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 40, de 2003)

...

TÍTULO VIII
Da Ordem Social
CAPÍTULO I
DISPOSIÇÃO GERAL

Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.

CAPÍTULO II
DA SEGURIDADE SOCIAL
Seção I
DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

...

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

...

Seção II
DA SAÚDE

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

...

Seção III
DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

...

Seção IV
DA ASSISTÊNCIA SOCIAL

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

...

Art. 204. As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes:

...

CAPÍTULO III
DA EDUCAÇÃO, DA CULTURA E DO DESPORTO
Seção I
DA EDUCAÇÃO

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

...

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

...

Art. 211. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino.

...

Seção II
DA CULTURA

Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais

...

Seção III
DO DESPORTO

Art. 217. É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não-formais, como direito de cada um, observados:

...

CAPÍTULO IV
DA CIÊNCIA E TECNOLOGIA

Art. 218. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas.

...

CAPÍTULO V
DA COMUNICAÇÃO SOCIAL

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

...

CAPÍTULO VI
DO MEIO AMBIENTE

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá- lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; (Regulamento)

II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; (Regulamento) (Regulamento)

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e

a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção; (Regulamento)

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade; (Regulamento)

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente; (Regulamento)

VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade. (Regulamento)

§ 2º - Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

§ 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

§ 4º - A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

§ 5º - São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais.

§ 6º - As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas.

CAPÍTULO VII

DA FAMÍLIA, DA CRIANÇA, DO ADOLESCENTE E DO IDOSO

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

...

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

...

Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

...

CAPÍTULO VIII

DOS ÍNDIOS

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

...

TÍTULO IX

Das Disposições Constitucionais Gerais

...

Art. 239. A arrecadação decorrente das contribuições para o Programa de Integração Social, criado pela Lei Complementar nº 7, de 7 de setembro de 1970, e para o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público, criado pela Lei Complementar nº 8, de 3 de dezembro de 1970, passa, a partir da promulgação desta Constituição, a financiar, nos termos que a lei dispuser, o programa do seguro-desemprego e o abono de que trata o § 3º deste artigo. (Regulamento)

...

Art. 240. Ficam ressalvadas do disposto no art. 195 as atuais contribuições compulsórias dos empregadores sobre a folha de salários, destinadas às entidades privadas de serviço social e de formação profissional vinculadas ao sistema sindical.

...

Art. 241. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

...

Art. 242. - ... -

§ 1º - O ensino da História do Brasil levará em conta as contribuições das diferentes culturas e etnias para a formação do povo brasileiro.

...

Art. 243. As glebas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas serão imediatamente expropriadas e especificamente destinadas ao assentamento de colonos, para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

...

Art. 244. A lei disporá sobre a adaptação dos logradouros, dos edifícios de uso público e dos veículos de transporte coletivo atualmente existentes a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência, conforme o disposto no art. 227, § 2º.

Art. 245. A lei disporá sobre as hipóteses e condições em que o Poder Público dará assistência aos herdeiros e dependentes carentes de pessoas vitimadas por crime doloso, sem prejuízo da responsabilidade civil do autor do ilícito.

...

Art. 248. Os benefícios pagos, a qualquer título, pelo órgão responsável pelo regime geral de previdência social, ainda que à conta do Tesouro Nacional, e os não sujeitos ao limite máximo de valor fixado para os benefícios concedidos por esse regime observarão os limites fixados no art. 37, XI. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

Art. 249. Com o objetivo de assegurar recursos para o pagamento de proventos de aposentadoria e pensões concedidas aos respectivos servidores e seus dependentes, em adição aos recursos dos respectivos tesouros, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão constituir fundos integrados pelos recursos provenientes de contribuições e por bens, direitos e ativos de qualquer natureza, mediante lei que disporá sobre a natureza e administração desses fundos. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

Art. 250. Com o objetivo de assegurar recursos para o pagamento dos benefícios concedidos pelo regime geral de previdência social, em adição aos recursos de sua arrecadação, a União poderá constituir fundo integrado por bens, direitos e ativos de qualquer natureza, mediante lei que disporá sobre a natureza e administração desse fundo. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

Brasília, 5 de outubro de 1988."

Pois bem, diante da evolução do tratamento constitucional dos direitos, inclusive com a previsão em abstrato de tutela de direitos individuais e coletivos, os últimos seja quanto aos direito à adequação formal e material da legislação subordinada a Constituição Federal – através de métodos de controle abstrato de constitucionalidade –, seja através da ameaça ou efetiva violação dos direitos transindividuais ou dos direitos individuais de grupamento social determinado ou determinável.

Agora deve ser destacada a quantidade de normas explícitas na Constituição Federal de 1988 que estabelecem direitos e faculdades às pessoas físicas, jurídicas e universalidades, e conseqüentemente deveres e ônus, sendo oportuno inclusive lançar um questionamento: será o processo civil individual, conforme regulado no Código de Processo Civil de 1973, meio idôneo e efetivamente capaz de resguardar e tutelar a extensa rede de direitos constantes da Carta Constitucional de 1988 tendo em vista a repercussão coletiva e social de grande parte dos mesmos, num vasto país em extensão territorial e que já conta com mais de centro e oitenta e três milhões de habitantes?

Ou seja, à luz do sistema de direitos individuais (homogêneos e heterogêneos) e coletivos constantes da CRFB/1988, não se encontra ultrapassado ou insuficiente a proposta de tratamento individualizado ou "atomizado" destes conflitos de interesse?

Parece que a resposta a este questionamento constitui mais um fundamento a amparar o desenvolvimento do "direito processual coletivo" como "novo ramo do direito processual", parecendo, entretanto, que subsiste e com extrema importância vasto campo de incidência, aplicação e necessidade para o "direito processual individual" ou "direito processual não-coletivo".

5.2.2. LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL

Não obstante a evolução histórica constitucional no tratamento dos direitos individuais homogêneos, heterogêneos e coletivos *lato sensu*, o Direito brasileiro possui vasta legislação infraconstitucional em vigor tratando de questões relacionadas a "tutela coletiva".

Pode-se observar quanto a "tutela coletiva" no Direito brasileiro, de modo não exaustivo, as seguintes legislações em vigência:

- Loteamentos urbanos: Decreto-lei n. 58, 10/12/1937;
- Ano Civil: Lei n. 810, 06/09/1949;
- Lei de Assistência Judiciária: Lei n. 1.060, 05/02/1950;
- Prazos judiciais: Lei n. 1.408, 09/08/1951;
- Mandado de Segurança: Lei n. 1.533, 31/12/1951 e Lei n. 4.348, 26/06/1964;
- Desapropriação: Decreto-lei n. 3.365, 21/06/1941 e Lei n. 4.132, 10/09/1962;
- Lei da Ação Popular: Lei n. 4.717, 29/06/1965;
- Organização e divisão judiciária da Justiça Federal: Lei n. 5.621, 04/11/1970;
- Código de Processo Civil de 1973: Lei n. 5.869, 11/01/1973;
- Correção monetária nos débitos de decisão judicial: Lei n. 6.899, 08/04/1981;
- Prova documental: Lei n. 7.115, 29/08/1983;

- Lei da Ação Civil Pública: Lei n. 7.347, 24/07/1985;
- Bem de família: Lei n. 8.009, 29/03/1990;
- Processos perante o STJ e STF: Lei n. 8.038, 28/05/1990;
- Estatuto da Criança e Adolescente: Lei n. 8.069, 13/07/1990;
- Código de Defesa do Consumidor: Lei n. 8.078, 11/09/1990;
- Improbidade Administrativa: Lei n. 8.429, 02/06/1992;
- Medidas Cautelares: Lei n. 8.437, 30/06/1992;
- Estatuto da OAB: Lei n. 8.906, 04/07/1994;
- Expedição de certidões para defesa de direitos: Lei n. 9.051, 18/05/1995;
- Tutela antecipada contra a Fazenda Pública: Lei n. 9.494, 10/09/1997;
- *Habeas Data*: Lei n. 9.507, 12/11/1997;
- Sistema de transmissão de dados para a prática de atos processuais: Lei n. 9.800, 26/05/1999;
- Processo na Ação Direta de Inconstitucionalidade e na Ação Declaratória de Constitucionalidade: Lei n. 9.868, 10/11//1999;
- Processo da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Lei n. 9.882, 03/12/1999;
- Atendimento prioritário: Lei n. 10.048, 08/11/2000;
- Estatuto do Idoso: Lei n. 10.741, 01/10/2003;
- Súmula impeditiva de recursos: Lei n. 11.276, 07/02/2006;
- Ações idênticas: Lei n. 11.277, 07/02/2006;
- Súmula vinculante: Lei n. 11.417, 19/12/2006;
- Repercussão geral: Lei n. 11.418, 19/12/2006; e,
- Informatização do Processo Judicial: Lei n. 11.419/2006.

CAPÍTULO 6 - PANORAMA ATUAL.

> "Sabe-se que a missão do direito processual é tornar possível a realização do direito material, criando instrumentos indispensáveis à realização desse objetivo. A opção por um ou outro instrumento será uma tarefa do político e não do processualista, enquanto produtor de normas processuais.
>
> O que o processualista poderá fazer – e nós tentaremos fazê-lo – é mostrar as vantagens e defeitos dos instrumentos que poderão ser criados, coma advertência, porém, de que o processo ainda não descobriu um sistema imune de inconvenientes."[1] – Ovídio Baptista, 2004.

Dos dados coletados, propõe-se; com todas as cautelas já mencionadas, e tendo em vista o atual panorama do tratamento do tema pelos estudiosos pátrios; a seguinte "linhas histórica evolutiva da tutela coletiva no Brasil":

1º momento – "IMPORTAÇÃO E CONSTRUÇÃO DO DIREITO NACIONAL": recepção da legislação vigente em Portugal e posterior elaboração das primeiras legislações nacionais subseqüentes a Constituição Imperial de 1824, a qual já traz a previsão no artigo 157 de "acção popular" que poderia ser proposta em face de magistrados;

2º momento – "ADEQUAÇÃO DO DIREITO A ALTERAÇÃO SOCIAL PÁTRIA DO INÍCIO DO SÉCULO XIX AO INÍCIO DO XX": desenvolvimento da dinâmica social brasileira com a modificação gradual e localizada da economia de base agrícola por uma mecanização e industrialização incipiente, ocorrendo na área do Direito a elaboração de legislação Comercial – Código Comercial de 1850 – e Civil, inclusive com a elaboração do Regulamento n. 737 e sua posterior aplicação as causas cíveis, tudo isto perpassando pelas Constituições de 1891 e 1934. Atribui grande parte da doutrina a Constituição de 1934 a primeira previsão de ação popular com a finalidade de proteção de "bens públicos" ou "coletivos". Vale recordar a norma do artigo 75 do Código Civil de 1916, das penas de Clóvis Bevilacqua, a qual previa "a todo o direito corresponde uma ação, que o assegura.", de suma importância para o estudo da Teoria da Ação no Direito Processual;

3º momento – "UNIDADE PROCESSUAL E CODIFICAÇÃO": unificação do Direito Processual cível, sendo elaborado o Código de Processo Civil de 1939, além de serem previstas normas de caráter processual na Consolidação das Leis do Trabalho, onde parece ter se desenvolvido com mais força a idéia de "atuação coletiva do Direito", em decorrência das reivindicações dos trabalhadores apresentadas pelas organizações de classe – sindicatos, federações e confederações –, e que acarretaram a celebração de acordos coletivos, negociações coletivas e os dissídios coletivos. Este período poderia ser delimitado, com os riscos existentes em tal prática histórica, ao início da "Era Vargas", a outorga da Carta de 1937 – "A Polaca" – e o desenvolvimento de uma administração ditatorial, até o momento anterior a promulgação da Constituição de 1946. Deste período também

---

[1] DA SILVA, Ovídio Baptista. *Processo e Ideologia – O paradigma racionalista*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2006. P. 34.

vale ser destacada a previsão de adjudicação compulsória de imóveis de loteamento urbanos, como meio de proteção de interesses sociais;

4º momento – "REDEMOCRATIZAÇÃO, GRATUIDADE DE JUSTIÇA E MANDADO DE SEGURANÇA": com a redemocratização alicerçada na Constituição de 1946, foram elaboradas legislações de natureza processual de suma importância para o tema da "tutela coletiva", mesmo parecendo não existir à época idéia na seara jurídica da implicação de tais diplomas e dos direitos que pelas normas dos mesmos poderiam ser concretizados. Pode-se delimitar este período com o "Golpe Militar da década de 1960". Deste período podem-se destacar a Lei de Assistência Judiciária e do Mandado de Segurança;

5º momento – "A DISCIPLINA DA AÇÃO POPULAR, A REFORMA PROCESSUAL DO PROFESSOR ALFREDO BUZAID E O NASCIMENTO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA": com o "Processo Revolucionário de 1964" deu-se a transição do poder político de uma base democrática, para uma base ditatorial militarizada. Entretanto, na legislação infraconstitucional grandes avanços se deram no tratamento do processo civil desde o "Golpe de 64" até o dia 04 de outubro de 1988, destacando-se a elaboração e aprovação do Código de Processo Civil de 1973 – "Código Buzaid" –, a regulamentação do instrumento há décadas previsto da ação popular em 1965, através da Lei 4.717, que ficou então conhecida como a "Lei da Ação Popular", culminando com a Lei da Ação Civil Pública no ano de 1985;

6º momento – "A 'CONSTITUIÇÃO DOS DIREITOS COLETIVOS' E OS INTRUMENTOS CONSTITUCIONAIS DE TUTELA COLETIVA": com a promulgação da Constituição Federal em 05 de outubro de 1988, conclui-se o processo de redemocratização. Entretanto, além de promover a restauração da democracia, a Carta de 1988 ainda realizou importantes inovações para a "tutela coletiva", inclusive com a previsão de novos instrumentos processuais como o Mandado de Injunção, o Mandado de Segurança Coletivo, o *Habeas Data* e a Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental, rol posteriormente ampliado pelo acréscimo da Ação Declaratória de Constitucionalidade. A CRFB/1988 fez a previsão da legitimação para o exercício da Ação Popular (cidadão) e da Ação Civil Pública pelo Ministério Público, e ainda estabeleceu que deveria ser elaborado legislação específica para o tratamento dos direitos dos consumidores, o que culminou na posterior elaboração do Código de Proteção e Defesa do Consumidor no ano de 1990. Neste período ainda se destacam o Estatuto da Criança e Adolescente, que introduziu o Termo de Ajustamento de Conduta na ritualística da "tutela coletiva brasileira" e os três ciclos de reformas do CPC/1973. Por fim, a realização de reforma constitucional pela Emenda Constitucional n. 45, por muitos denominada de "Reforma do Judiciário", mas que modificou inclusive instituições vinculadas a outros Poderes, como se deu com o Ministério Público e a criação do Conselho Nacional do Ministério Público. Destaca-se na Carta de 1988 a quantidade de direitos previstos e a impossibilidade *in tese* de tutela dos mesmos sejam naturalmente ou acidentalmente coletivos, o que suscita uma revisão do paradigma individualista do processo civil brasileiro, sob pena de ineficácia da tutela dos direitos metaindividuais;

7º momento – "A UTOPIA DA CODIFICAÇÃO DO PROCESSO COLETIVO BRASILEIRO": correspondendo a contemporaneidade, tal momento histórico corresponde a influência da aprovação em 2004 do Código Modelo de Processos

Coletivos para Ibero-América no desenvolvimento de estudos, pesquisas e elaboração de anteprojetos de Lei para a regulamentação sistemática do Processo Coletivo Brasileiro, destacando-se o anteprojeto do Prof. Antonio Gidi, o Anteprojeto da UERJ/UNESA (RJ) e o Anteprojeto da USP (SP), o qual na atualidade esta no Congresso Nacional após ter sido apresentado pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual.

Interessante apresentar, neste momento, as ponderações científicas apresentadas pela atual Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Processual, a Ilustre Profa. Ada Pellegrini Grinover[2], que em 25 de setembro de 1998, em aula magna que ministrou na Universidade de Milão lecionou:

> "O sistema jurídico brasileiro sobre a tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos tem exercido influência em alguns ordenamentos da América Latina. Argentina e Uruguai introduziram, em suas respectivas legislações, a defesa dos interesses difusos e coletivos, e a nova legislação argentina sobre as relações de consumo é toda moldada no Código brasileiro.
>
> Também na Europa, e notadamente em Portugal, o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor está colhendo seus frutos. A lei sobre a ação popular portuguesa, que se presta abertamente à defesa dos interesses difusos e coletivos, também abre uma perspectiva sobre a tutela dos direitos individuais homogêneos, colhida pelo Supremo Tribunal de Justiça, que reconheceu sua tutelabilidade. A Associação de Consumidores de Portugal moveu ação popular contra a Portugal Telecom, em defesa dos direitos individuais homogêneos dos usuários dos serviços telefônicos, visando à restituição das tarifas indevidamente cobradas nos meses de outubro a dezembro de 1994. A sentença de primeiro grau e o Tribunal de Relação de Lisboa tinham indeferido liminarmente a petição inicial, este último por confinar o âmbito da ação popular aos interesses difusos e afastando o caso *sub judice* do campo extensivo dos referidos interesses. Mas a Corte Suprema, em setembro de 1997, reportando-se à doutrina e à legislação brasileiras, interpretou o art. 1º da Lei n. 83, de 1995, entendendo-o compreensivo não só dos interesses difusos, mas também dos interesses individuais homogêneos e reconhecendo, em tese, o direito à reparação dos danos dos consumidores, inclusive na referida categoria *(Revista de Processo,* nº 88, São Paulo, out.-dez. 1997, ps. 142)."

E ainda, no seu *O Processo – Estudos e Pareceres*[3, 4 e 5], a Profa. Ada Pellegrini Grinover:

> "A tutela jurisdicional dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos representa, neste final de milênio, uma das conquistas mais expressivas do direito brasileiro. Colocados a meio caminho entre os interesses públicos e privados, próprios de uma sociedade de massa e resultado de conflitos de mas carregados de relevância política e capazes de transformar conceitos jurídicos estratificados, os interesses

[2] GRINOVER, Ada Pellegrini. *A Marcha do Processo*.

[3] GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Processo – Estudos e Pareces*. São Paulo: DPJ, 2006.

[4] "Sumário: 1. *Propositura do tema.* 2. *Coisa julgada e eficácia natural da sentença: a teoria de Liebman.* 3. *O regime da coisa julgada no Código de Defesa do Consumidor.* 4. *Diretos individuais homogêneos: coisa julgada e eficácia natural da sentença*. 5. *A tutela dos interesses ou direitos transindividuais na Ibero-América*. 6. *O Anteprojeto de Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América*. 7. *O modelo do Anteprojeto*. 8. *A coisa julgado e a eficácia natural da sentença na ação em defesa de direitos individuais homogêneos no Anteprojeto*. 9. *Idem, na ação coletiva passiva*. 10. *Conclusão*."

[5] "Sumário: 1. *A dimensão social, política e jurídica da tutela jurisdicional dos interesses. transindividuais.* 2. *Um novo Poder judiciário.* 3. *O Executivo na contramão da história A coisa julgada de abrangência nacional*. 5. *A coisa julgada de abrangência nacional a Lei n. 9.424, de 10 de setembro de 1997*. 6. *Seguindo no ataque à ação civil pública: a Medida Provisória n. 1.798-1, de 11 de fevereiro de 1999.* 7. *Conclusão."*

transindividuais têm uma clara dimensão social e configuram nova categoria política e jurídica.

Do ponto de vista social, significaram o reconhecimento e a necessidade tutela de interesses espalhados e informais voltados a necessidades coletivas sinteticamente referíveis à qualidade de vida. Interesses de massa, que campo ofensas de massa e que colocam em contraste grupos, categorias, classes de soas. Não mais um feixe de linhas paralelas, mas um leque de linhas que convergem para um objeto comum e indivisível. Aqui se inserem os interesses dos consumidores, ao meio ambiente, dos usuários de serviços públicos, dos investidores dos beneficiários da previdência social e de todos aqueles que integram uma comunidade compartilhando de suas necessidades e seus anseios.

O reconhecimento e a necessidade de tutela desses interesses também puseram em relevo sua configuração política. Deles emergiram novas formas de gestão da coisa pública, em que se afirmaram os grupos intermediários. Uma gestão participativa, como instrumento de racionalização do poder, inaugurando um novo tipo de descentralização, não mais limitada ao plano estatal (como descentralização político – administrativa), mas estendida ao plano social, com tarefas atribuídas aos corpos intermediários e às formações sociais, dotados de autonomia e de funções específicas. E isso também significou uma reorganização da sociedade civil em torno de associações e de grupos.

...

A maior revolução talvez se tenha dado exatamente no campo do processo: de um modelo individualista a um modelo social, de esquemas abstratos a esquemas concretos, do plano estático ao plano dinâmico, o processo transformou-se de individual em coletivo, ora inspirando-se no sistema das *class actions* da *common law,* ora estruturando nOvas técnicas, mais aderentes à realidade social e política subjacente.

Tudo isso alterou o quadro do acesso à Justiça, facilitado por intermédio dos portadores, em juízo, dos interesses transindividuais, que se substituem aos litigantes a título individual, fracos do ponto de vista econômico e organizacional, e que simplesmente não levavam suas pretensões ao Poder Judiciário. E com isso também se desenhou uma nova realidade para o princípio da universalidade da jurisdição, a qual se abriu a novas causas e a novos titulares de conflitos.

...

3. O Executivo na contramão da história

Apesar de tudo isso, as investidas do Poder Executivo – acompanhado por um Legislativo complacente ou no mínimo desatento - têm atacado a ação civil pública, tentando diminuir sua eficácia por intermédio da limitação do acesso. justiça, da compressão do momento associativo, da redução do papel do Poder Judiciário.

Manifestações eloqüentes dessas investidas são a Medida Provisória n. 1.570 de 26 de março de 1997 (transformada na Lei n. 9.424, de 10 de setembro de 1997) e a Medida Provisória n. 1.798-1, de 11 de fevereiro de 1999.

Pelo menos em parte, as intenções do governo ficaram francamente frustradas. A aplicação das novas normas, por outra parte, depende de uma leitura constitucional. E caberá ao Poder Judiciário, mais uma vez, construir uma interpretação que leve em conta a unidade do sistema jurídico e a exegese que melhor se coadune com os princípios gerais do direito.

É sobre essas intervenções autoritárias do governo que versará nossa análise.

...

7. Conclusão

Alguns anos após a introdução, no Brasil, da tutela jurisdicional dos interesses difusos e coletivos, passando pela linha evolutiva que levou ao reconhecimento dos direitos individuais homogêneos, o balanço seria francamente positivo, não fossem as investidas autoritárias do governo. Depois de alguma tergiversação e de certas idas e vindas, até previsíveis

> em face da natural dificuldade de apreender plenamente toda a complexidade das novas normas, pode se afirmar que os processos coletivos, apesar dos ataques, integram hoje a práxis judiciária. A notável quantidade de demandas e a adequada resposta jurisdicional iluminaram as novas técnicas processuais e demonstraram o empenho dos legitimados - primeiro dentre todos, o Ministério Público -, a ampla gama das ações ajuizadas, o reconhecimento do corpo social. Pode se afirmar, por certo, que os processos coletivos transformaram no Brasil todo o processo civil, hoje aderente à realidade social e política subjacente e às controvérsias que constituem seu objeto, conduzindo-o pela via da eficácia e da efetividade. E que, por intermédio dos processos coletivos, a sociedade tem podido afirmar, de maneira mais articulada, seus direitos de cidadania.
>
> Nesse quadro se inseriu significativamente o Poder Judiciário brasileiro, consciente de seu novo papel e de sua renovada importância, sabendo marcar, com seus julgamentos, uma posição de vanguarda, que aponta auspiciosamente para os futuros desafios.
>
> Única nota dissonante, nesse cenário, é a atitude do governo, que tem utilizado Medidas Provisórias para inverter a situação, com investidas contra a ação civil pública, tentando diminuir sua eficácia, limitar o acesso à justiça, frustrar o momento associativo, reduzir o papel do Poder Judiciário. O Legislativo, complacente ou desatento, não tem sabido resistir aos ataques, secundando a ação do Governo. A salvação só pode estar nos tribunais, devendo os advogados e o Ministério Público a eles recorrer, alimentando-os com a interpretação adequada das novas normas, a fim de que a resposta jurisdicional reflita as linhas mestras dos processos coletivos e os princípios gerais que os regem, que não podem ser involutivos."

Além disto, na obra referida[6], trouxe notícia sobre a Exposição de Motivos do Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América[iii] cujo texto final do Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América[iv] restou aprovado nas Jornadas de Direito Processual de Caracas, Venezuela.

[6] GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Processo – Estudos e Pareces*. São Paulo: DPJ, 2006. Pp. 669 a 676.

CAPÍTULO 7 - PROPOSTAS PARA O TRATAMENTO SISTEMÁTICO DA MATÉRIA: POR UM CÓDIGO BRASILEIRO DE PROCESSOS COLETIVOS.

> "Código de *Hamurabi*
> Art. 5º Se um juiz dirige um processo e profere uma decisão e redige por escrito a sentença, se mais tarde o seu processo se demonstra errado e aquele juiz, no processo que dirigiu, é convencido de ser causa do erro, ele deverá então pagar doze vezes a pena que era estabelecida naquele processo, e se deverá publicamente expulsá-lo de sua cadeira de juiz. Nem deverá ele voltar a funcionar de novo como juiz em um processo." [7] – aproximadamente XVIII a.C.

Mas tendo em vista que o objeto do estudo e as suas finalidades, não lançam seus efeitos somente no passado e presente, faz-se necessário a abordagem das propostas científicas que existem para a regulamentação da "tutela coletiva no Direito brasileiro".

A abordagem prospectiva se baseia nas propostas e projetos de Código Brasileiro de Processos Coletivos, os quais encontram base imediata no Código Ibero-Americano de Processos Coletivos aprovado durante as Jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual realizadas no ano de 2004 na cidade de Caracas na Venezuela.

Destacam-se três propostas para o tratamento sistemático do Processo Coletivo e por conseqüência da "tutela coletiva", pelo que se recorda que esta expressão, nos limites deste trabalho, refere-se tanto a tutela de direitos coletivos, quanto a tutela coletiva de direitos individuais.

Em primeiro lugar se destaca o Anteprojeto[v] do Professor Antonio Gidi, composto por 33 artigos.

O segundo e de maior notoriedade, principalmente por ter sido encampado pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual, o qual já o encaminhou ao Congresso Nacional, é o Anteprojeto da USP[vi], sob coordenação científica da Professora Ada Pellegrini Grinover.

Por fim, tem-se o Anteprojeto[vii] elaborado pelo Professor Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, no âmbito dos Cursos de Pós-Graduação da UERJ e da UNESA (RJ), decorrente da análise do Projeto da Professora Ada por grupos de pesquisa no Rio de Janeiro, e diante da grande quantidade de controvérsias, optou-se pela elaboração de novo Projeto.

O terceiro Anteprojeto, do Professor Aluisio Mendes, encontra-se organizado em 60 (sessenta) artigos.

Não obstante as divergências entre as propostas existentes parece indubitável que as mesmas constituem "passos largos" a um novo estágio do tratamento da "tutela coletiva" e do Processo Coletivo no Brasil.

Por tal razão, parece interessante conhecer o conteúdo das três propostas, de modo a viabilizar a participação democrática no processo legislativo, além da preparação das Academias e dos Tribunais para o futuro na seara da prestação da tutela metaindividual.

---

[7] PRADO, Antônio Orlando de Almeida. *Código de Hamurabi, Lei das XII Tábuas, Manual dos Inquisidores, Lei do Talião*. São Paulo: Paulistanajur, 2004. P. 10.

CAPÍTULO 8 - CONSIDERAÇÕES FINAIS.

Diante dos dados coletados, apresentam-se as seguintes considerações:

i. A evolução histórica da tutela coletiva no Direito brasileiro (espécie) se encontra dentro de um estudo de maior amplitude que poderia se denominar de gênero, qual seja a evolução histórica do Direito brasileiro.

ii. A evolução do Direito brasileiro tem início em 21 de abril de 1500, ou seja, a partir do "Descobrimento do Brasil", passando o mesma a constituir uma Colônia da Metrópole portuguesa.

iii. O Direito brasileiro recepciona as normas jurídicas vigentes em Portugal, dentre as quais as Ordenações.

iv. Entretanto, somente com a Independência e a elaboração de legislações nacionais, tem início a elaboração de normas procedimentais ou processuais brasileiras, tendo grande destaque o Regulamento n. 737 que após reforma passou a ter aplicação em todas as causas cíveis.

v. Com a República ocorreu uma divisão da competência legislativa quanto ao processo entre os estados federados, surgindo os "Códigos Estaduais de Direito Processual".

vi. A unificação processual só foi restabelecida com a previsão na Carta de 1934 e a posterior aprovação e vigência do Código de Processo Civil de 1937.

vii. Ao longo das décadas e do que se denominou acima de "momentos históricos da tutela coletiva", tanto a doutrina como a legislação buscou elaborar métodos científicos para a adequada tutela de direitos através do Direito Processual Civil brasileiro.

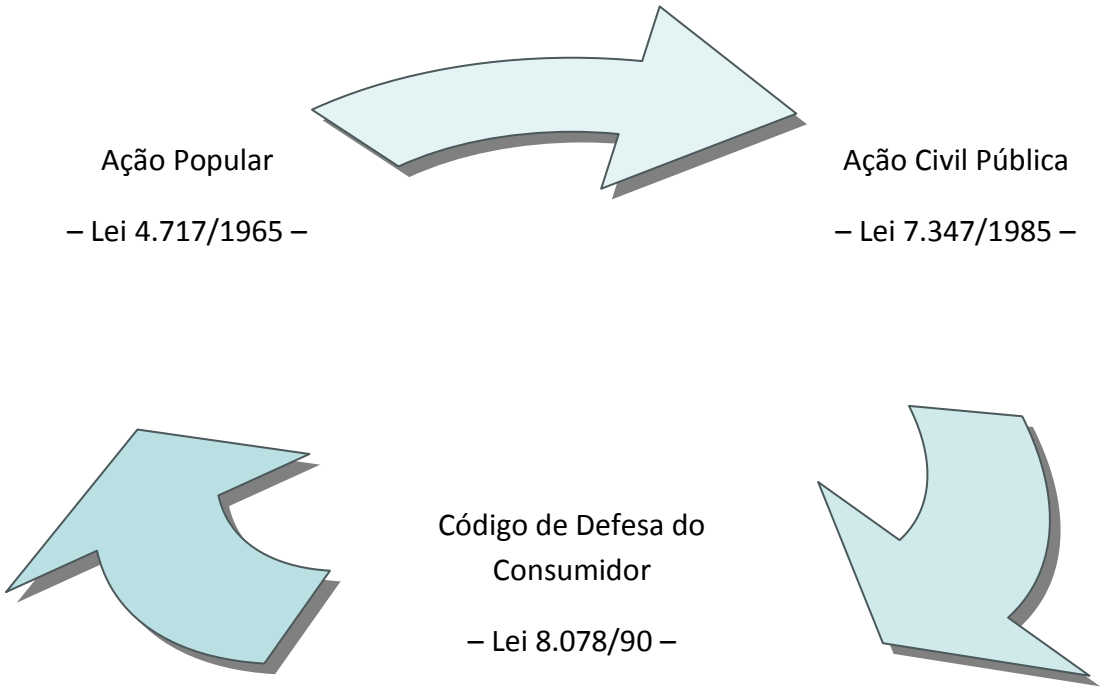
viii. Marcantes foram os momentos da regulamentação da Ação Popular no ano de 1965 e da instituição da Ação Civil Pública já em 1985, para a "tutela coletiva".

ix. Com a Constituição de 1988, além da criação de novos instrumentos processuais para a tutela de direitos coletivos (mandado de segurança coletivo, *habeas data*, mandado de injunção, ADIn, ADC e ADPF), consolidou-se um rol, sem precedentes no Brasil, de direitos coletivos (acidentais ou naturais) os quais necessitam de amparo adequado, célere, econômico e eficaz, pois traduzem tais direitos explícitos no texto constitucional a alteração do paradigma da sociedade brasileira, de um regime ditatorial militar para um "Estado Democrático de Direito".

x. No ano de 1990, duas legislações provocam nova "revolução" quanto a instrumentalização da "tutela coletiva" brasileira. São elas: o ECA (Lei n. 8.069/1990) e o CODECON (Lei n. 8.078/1990).

xi. Concomitantemente, a doutrina dá prosseguimento nos estudos iniciados pelos Professores José Carlos Barbosa Moreira, Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe, e tendo em vista a implementação da "segunda onda renovatória" sintetizada por Mauro Cappelletti e Bryant Garth com base nos Anais do Congresso de Florença na década de 1970.

xii. Forma-se o "micro-sistema brasileiro de processo coletivo", formado por:



xiii. Entretanto, constantes são as notícias da vinculação do Poder Judiciário brasileiro a "cultura do processo individual" vigente sob a ótica liberalista e individualista sobre a qual se baseou o Código de Processo Civil de 1973, acarretando a não concretização da "tutela coletiva", sendo corrente nos ensaios e pesquisas a constatação de que as "ações coletivas" na maioria das vezes são extintas com amparo em questões formais (processuais), preponderando o instrumento (processo) sob o fim (bem jurídico que se busca através do processo).

xiv. Em 2004, foi aprovado nas Jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual realizada em Caracas (Venezuela) o Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, consolidando-se a proposta de codificação do processo coletivo para sua "máxima eficácia".

xv. No Brasil desenvolvem-se estudos e foram apresentados três Anteprojetos de Código Brasileiro de Processos Coletivos (CBPC), já tendo sido inclusive uma das propostas encaminhada pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) ao Congresso Nacional.

CAPÍTULO 9 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Prefácio à obra Ações Coletivas no direito comparado e nacional de Aluisio Gonçalves de Castro Mendes*. São Paulo: RT, 2002. Pp. 9-10.

CASTRO, Flávia Lages de. *História do Direito Geral e Brasil*. 3ª edição – revisada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

DA SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes. *História do Direito Português*. 3ª edição, revista e actualizada. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2000.

DE CICCO, Cláudio. *História do Pensamento Jurídico e da Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2006.

DE PAULA, Jônatas Luiz Moreira. *História do Direito Processual Brasileiro – Das origens Lusas à Escola Crítica do Processo*. Barueri: Manole, 2002.

DO NASCIMENTO, Walter Vieira. *Lições de História do Direito*. 15ª edição, revista e aumentada. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. 12ª edição. São Paulo: Editora Universidade de São Paulo, 2006.

FREYRE, Gilberto. *Casa-Grande e Senzala – Prefácio de Darcy Ribeiro*. 45ª edição. Rio de Janeiro: Record, 2001.

_____ . *Ordem e Progresso – Tomo I*. 3ª edição. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 1974.

_____ . *Ordem e Progresso – Tomo II*. 3ª edição. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 1974.

GAVAZZONI, Aluisio. *História do Direito – Dos sumérios até a nossa Era*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2005.

GARDINER, Patrick. *Teorias da História*. 5ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História – Lições introdutórias*. 2ª edição revista. São Paulo: Max Limonad, 2002.

PACHECO, José da Silva. *Evolução do processo civil brasileiro: desde as origens até o advento do novo milênio*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PEDROSA, Ronaldo Leite. *Direito em História*. 5ª edição, revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro – A formação e o sentido do Brasil* –. 2ª edição. 2ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

SIDOU, J. M. Othon. *Processo Civil Comparado (Histórico e Contemporâneo) À LUZ DO Código de Processo Civil brasileiro modificado até 1996.* Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

NOTAS DE FIM:

[i] Sobre a História do Instituto Brasileiro de Direito Processual, reproduz-se a lição da Professora Ada Pellegrini Grinover *in A Marcha do Processo*, conforme suas palavras de abertura das I Jornadas de Direito Processual Civil, realizadas em Brasília, em junho de 1995:

"1. A História do Instituto e o Congresso de 1995*

Ao ensejo da abertura desse evento, muito me apraz comunicar a todos que, por deliberação unânime do Instituto Brasileiro de Direito Processual, foi nomeado, como presidente de honra do Congresso, o eminente professar e processualista Luiz Eulálio de Bueno Vidigal, primeiro presidente do Instituto Brasileiro de Direito Processual Civil.

E assim, sob essa presidência, que muito nos honra, tenho a satisfação de recebê-los e saudá-los, senhores congressistas, agradecendo a presença de tantos e tantos estudiosos do processo civil, que acorreram a Brasília, do exterior e de todos os quadrantes desse grande País, atendendo à convocação do Instituto Brasileiro de Direito Processual.

Deste Instituto, de que é importante rememorar a história. Fundado em agosto de 1958, na Faculdade de Direito de Porto Alegre, pelos protagonistas do nascimento da Escola Brasileira de Direito Processual, o Instituto de Direito Processual Civil contou em seu surgir com os nomes gloriosos de Alfredo Buzaid, Luiz Eulálio de Bueno Vidigal, José Frederico Marques, Galeno Lacerda, Bruno e Alcides de Mendonça Lima.

Profeticamente, antecipando a idéia federativa do Instituto, a seção estadual nascia antes da diretoria nacional.

Esta, presidida por Luiz Eulálio de Bueno Vidigal, com a subpresidência de José Frederico Marques e secretariada por Alfredo Buzaid, foi instalada em abril de 1959, empenhando-se a fundo na preparação do Congresso Internacional de Direito Processual e das Terceiras Jornadas Latino-americanas de Direito Processual, que se realizariam em 1962, em Campos do Jordão.

Outros grandes processualistas brasileiros envolveram-se nesse trabalho: Celso Neves, Moacyr Lobo da Costa, Thomás Pará Filho, Luiz Ambra e tantos outros.

O Congresso contou com a presidência de honra de Enrico Tullio Liebman e com a coordenação de Alfredo Buzaid. O temário escolhido bem espelha o nível científico do direito processual brasileiro da época e a importância dos relatores estrangeiros convidados para cada tópico:

1º - Homologação de sentença estrangeira, Relator estrangeiro Santiago Sentis Melendo; 2º - Juízo arbitral, Relator Niceto Alcalá-Zamora y Castillo; 3º - Mandado de segurança, Relatar Adolfo Gelsi Bidart; 4º - Intervenção de terceiros, Relator Luiz Loreto; 5º - Execução específica, Relator Enrico Tullio Liebman; 6º - Despacho saneador, Relatar Adelino Palma Carlos.

O evento foi grandioso e representou um verdadeiro marco a assinalar a maturidade científica do processo civil brasileiro, fortalecendo as idéias em torno da reforma do Código de 1939, que seria levada a cabo por seu grande artífice, Alfredo Buzaid, com o Código de 1973.

Por circunstâncias diversas, o Instituto passou posteriormente por um período de inatividade, até ser revigorado por Alfredo Buzaid, em abril de 1987, com novos estatutos que ampliaram seu campo de atuação, abrangendo todo o direito processual. Para essa segunda fase, que estamos vivendo, foi eleito presidente Celso Neves, tendo eu a honra de ser guindada à vice-presidência, contando-se ainda com a secretaria de Vicente Greco Filho, Antônio Carlos de Araujo Cintra e Carlos Alberto Carmona, e a tesouraria de Kazuo Watanabe.

Em setembro de 1988 foi criada a Seccional de Brasília, sob a presidência de Athos Gusmão Carneiro, a vice-presidência de Sálvio de Figueiredo Teixeira e a secretaria de Petrônio Calmon Filho, que começou seu intenso labor em seu território e à qual devemos hoje a organização deste Congresso.

Assim, com a integração ao Instituto da nova geração de processualistas - os mais representativos do País -, os trabalhos da nova fase desdobraram-se em diversos aspectos científico-culturais. Inúmeros cursos foram ministrados; organizaram-se conferências, palestras, mesas-redondas; foi traduzido para o português o texto do Código de Processo Penal Modelo para Ibero-américa, fruto do trabalho do Instituto Ibero-americano de Direito Processual; foram preparados os volumes de estudos em memória de Alfredo Buzaid, de Romeu Pires de Campos Barros e de Athos Moraes Velloso, já na Editora Malheiros; propostas legislativas foram elaboradas, no campo do processo civil e do processo penal, sem olvidar a colaboração prestada ao Projeto da nova Lei de Arbitragem, já aprovado pelo Senado e em andamento na Câmara dos Deputados.

Mas, entre tantas atividades, cumpre salientar, neste Congresso, aquela que mais diretamente lhe se liga: os trabalhos do Instituto, juntamente com a Associação Brasileira da Magistratura, presidida por Sálvio de Figueiredo Teixeira, dos quais resultaram os anteprojetos de reforma do Código de Processo Civil, apresentados pelas duas entidades ao Congresso Nacional e hoje transformados, quase todos, nas leis que serão objeto de análise neste evento.

É com orgulho, senhores congressistas, que destaco a vitalidade e a projeção do Instituto; e é com a maior satisfação que realço que nele se consolidam as novas tendências do processo brasileiro, resultado de esforços conjuntos e harmoniosos no sentido de conciliar os aspectos técnico-científicos do processo, pelos quais a doutrina pátria edificou conceitualmente as categorias e os institutos fundamentais do processo, alcançando reconhecimento internacional, com sua fase crítica, eminentemente sociopolítica, atenta à instrumentalidade e utilidade de um processo de resultados, junto aos consumidores da justiça.

O temário deste Congresso bem diz dessa transformação do processualista que, sem menosprezar o rigor

científico de sua matéria, se preocupa com os problemas atuais da justiça.

"As perspectivas do processo civil contemporâneo para uma melhor prestação jurisdicional", com 10 conferências de processualistas estrangeiros e brasileiros, inseridas no filão das preocupações mais atuais, que demandam um processo aderente à realidade sociopolítica subjacente; e "A reforma do Código de Processo Civil brasileiro", com sete palestras que mostrarão como a técnica processual foi escrupulosamente utilizada, operacionalizando-se os meios para atingir os escopos maiores da jurisdição.

Sejam bem-vindos, senhores congressistas, a essas jornadas de estudos e de trabalho, às quais cada um, conferencista, palestrante, debatedor ou assistente, trará sua contribuição para a construção de um processo mais eficaz, mais célere e mais simples e ao mesmo tempo cioso das garantias fundamentais, capaz de diminuir o distanciamento ainda existente entre o povo e a justiça.

E muito obrigada pela presença de todos que vieram, de longe ou de perto, dispostos a esse trabalho conjunto.

Brasília, 19 de junho de 1995."

[ii] Dentre outros, citam-se os seguintes trabalhos doutrinários do Professor Leonardo Greco ao longo de mais de trinta anos de estudos sobre o Direito Processual, os quais guardam relação direta ou mediata com a tutela coletiva no Brasil:
a) artigos publicados em periódicos:

i. GRECO, L. . Resenha: Taruffo, Michele. La motivazione della sentenza civile. Padova: Cedam, 1975. Revista de Processo, v. 144, p. 306-327, 2007;

ii. GRECO, L. . Conexão de causas. Revista CEJ (Brasília), v. X, p. 83-84, 2006;

iii. GRECO, L. . As provas no processo ambiental. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, v. 3, p. 629-651, 2006;

iv. GRECO, L. . A busca da verdade e a paridade de armas na jurisdição administrativa. Revista CEJ (Brasília), v. 35, p. 20-27, 2006;

v. GRECO, L. . A busca da verdade e a paridade de armas na jurisdição administrativa. Revista da Faculdade de Direito de Campos, v. 9, p. 119-144, 2006.

vi. GRECO, L. . Tutela jurisdicional específica. Revista Dialética de Direito Processual, São Paulo, v. 23, p. 70-84, 2005.

vii. GRECO, L. . O princípio do contraditório. Revista Dialética de Direito Processual, São Paulo, v. 24, p. 71-79, 2005.

viii. GRECO, L. . A reforma do Poder Judiciário e o acesso à justiça. Revista Dialética de Direito Processual, São Paulo, v. 27, p. 67-87, 2005.

ix. GRECO, L. . O conceito de prova. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Campos dos Goitacases, v. 4 e 5, p. 213-270, 2005.

x. GRECO, L. . Aspectos positivos e negativos da Emenda Constitucional 45/2004. Informativo Iasp, São Paulo, v. 72, p. 12-12, 2005.

xi. GRECO, L. . As provas no processo ambiental. Revista de Processo, São Paulo, v. 128, p. 40-58, 2005.

xii. GRECO, L. . A tutela jurisdicional internacional dos interesses coletivos. Revista de Ciênciais Sociais (UGF), Rio de Janeiro, v. 11, n. 1 e 2, p. 17-33, 2005.

xiii. GRECO, L. . A Competência Internacional da Justiça Brasileira. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Campos dos Goitacases, n. 7, p. 169-194, 2005.

xiv. GRECO, L. . Novas súmulas do STF e alguns reflexos sobre o mandado de segurança. Revista Dialética de Direito Processual, São Paulo, v. 10, p. 44-54, 2004.

xv. GRECO, L. . A prova no Processo Civil: do Código de 1973 até o novo Código Civil. Revista Dialética de Direito Processual, São Paulo, v. 15, p. 76-94, 2004.

xvi. GRECO, L. . Garantias Fundamentais do Processo: o Processo Justo. Jurispoiesis, Rio de Janeiro, v. 6, p. 3-50, 2004.

xvii. GRECO, L. . A falência do sistema de recursos. Revista Dialética de Direito Processual, São Paulo, v. 1, p. 93-108, 2003.

xviii. GRECO, L. . Execução nas ações civis públicas. Revista Dialética de Direito Processual, São Paulo, v. 2, p. 55-76, 2003.

xix. GRECO, L. . Execução nas ações civis públicas. Revista Dialética de Direito Processual, São Paulo, v. 2, p. 55-76, 2003; e, GRECO, L. . Execução nas ações coletivas. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 369, p. 119-138, 2003.

xx. GRECO, L. . Execução de liminar em sede de mandado de segurança. Revista Jurídica, São Paulo, v. 291, p. 12-34, 2002.

xxi. GRECO, L. . Eficácia da Declaração Erga Omnes de Constitucionalidade ou Inconstitucionalidade em Relação à Coisa Julgada Anterior. Cadernos da Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, v. 6, p. 1-11, 2002.

xxii. GRECO, L. . Execução nas ações civis públicas. Revista de Ciênciais Sociais (UGF), Rio de Janeiro, v. 8, n. 1 e 2, p. 23-51, 2002.

xxiii. GRECO, L. . A crise do processo de execução. Cadernos Acadêmicos do Mestrado em Direito do Centro Universitário de Barra Mansa, Barra Mansa, v. n.10, p. 9-118, 2001.

xxiv. GRECO, L. . O acesso ao Direito e à Justiça. Revista Jurídica da UNIRONDON, Cuiabá, v. 1, p. 11-32, 2001.

xxv. GRECO, L. . O valor da causa e as custas iniciais no mandado de segurança. Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ, Rio de Janeiro, v. 4, n. 16, p. 105-120, 2001.

xxvi. GRECO, L. . A reforma do processo de execução. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 350, p. 57-86, 2000.

xxvii. GRECO, L. . Reconstruir o Judiciário. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Campos dos Goytacazes, v. 1, p. 249-251, 2000.

xxviii. GRECO, L. . A revolução tecnológica e o Processo. Revista Crítica do Centro Acadêmico Candido de Oliveira, Rio de Janeiro, p. 9-14, 2000.

xxix. GRECO, L. . A execução e a Efetividade do Processo. Revista de Processo, São Paulo, v. 24, p. 34-66, 1999.

xxx. GRECO, L. . A execução e a Efetividade do Processo. Revista de Processo, São Paulo, v. 24, p. 34-66, 1999.

xxxi. GRECO, L. . Em busca da efetividade do processo de execução. Caderno do Programa de Pós Graduação da Unimep, v. 3, p. 152-206, 1999.

xxxii. GRECO, L. . Pressupostos processuais. Revista de Ciências Sociais da UGF, Rio de Janeiro, v. 5,n.1, p. 27-40, 1999.

xxxiii. GRECO, L. . As invalidades processuais e a execução. Revista de Ciências Sociais da UGF, Rio de Janeiro, v. 5,n.2, p. 7-29, 1999.

xxxiv. GRECO, L. . Soluções de Controvérsias e Protocolos do Mercosul. Caderno Científico - UGF, Rio de Janeiro, v. 6, n. 2, p. 43-56, 1998.

xxxv. GRECO, L. . Evolução Histórica da Execução. Caderno Científico - UGF, Rio de Janeiro, v. 6, n. 1, p. 09-39, 1998.

xxxvi. GRECO, L. . Execução, Jurisdição e Processo. Revista de Ciênciais Sociais (UGF), Rio de Janeiro, v. 4, n. 1, p. 38-61, 1998.

xxxvii. GRECO, L. . A reforma do processo de execução. Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ, Rio de Janeiro, v. 1, n.1, p. 68-83, 1998.

xxxviii. GRECO, L. . A reforma do processo de execução. Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ, Rio de Janeiro, v. 1, n.1, p. 68-83, 1998.

xxxix. GRECO, L. . A execução civil no Direito Comparado. Revista de Direito Comparado da Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, v. 2,n.2, p. 177-238, 1998.

xl. GRECO, L. . A oralidade no processo de execução. Revista Crítica do Centro Acadêmico Candido de Oliveira, Rio de Janeiro, v. n.3, p. 7-9, 1998.

xli. GRECO, L. . Acesso à Justiça no Brasil. Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, p. 208-226, 1997.

xlii. GRECO, L. . Solución de controversias y seguridad jurídica en el Mercosur. Temas del Mercosur, Buenos Aires, v. n.3, p. 149-152, 1997.

xliii. GRECO, L. . A suspensão do processo. Revista de Processo, v. 80, 1995.

xliv. GRECO, L. . Uma Pauta para a reforma do Processo de Execução. Revista Jurídica da Faculdade de Direito da UFRJ, Rio de Janeiro, v. n.1, n. ano1, p. 85, 1995.

xlv. GRECO, L. . Reforma do Código de Processo Civil. Boletim Científico do Mestrado e Doutorado em Direito da UGF, Rio de Janeiro, v. 1, n. ano1, p. 11-14, 1993.

xlvi. GRECO, L. . Competências Constitucionais em Matéria Ambiental. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 687, p. 23-33, 1993; e, GRECO, L. . Competências constitucionais em matéria ambiental. Revista de Informação Legislativa do Senado Federal, Brasília, v. 116, p. 135-152, 1993.

xlvii. GRECO, L. . Revisão Constitucional. Boletim Legislativo ADCOAS, São Paulo, v. 23, p. 727, 1993.

xlviii. GRECO, L. . A Revisão Constitucional e o Processo Civil. Revista de Processo, São Paulo, v. 67, p. 103-117, 1992.

xlix. GRECO, L. . A titularidade da ação civil pública. Coleção Ensaios Acadêmicos, 1989.

xlx. GRECO, L. . Natureza Jurídica do mandado de Segurança. Arquivos do Ministério da Justiça, Brasília, v. 129, p. 43, 1974.

b) livros:

i. GRECO, L. ; MIRANDA NETTO, Fernando Gama de . Direito Processual e Direitos Fundamentais. Rio de Janeiro: Livraria e Editora Lumen Juris, 2005. v. 1. 336 p.

ii. GRECO, L. . Estudos de Direito Processual. 1. ed. Campos dos Goytacazes: Editora Faculdade de Direito de Campos, 2005. v. 1. 622 p.

iii. GRECO, L. . A teoria da ação no processo civil. São Paulo: Dialética, 2003. v. 1. 79 p.

iv. GRECO, L. . O Processo de Execução. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. v. 2. 658 p.

v. GRECO, L. . O Processo de Execução. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. v. 1. 407 p.

c) capítulos de livros publicados:

i. GRECO, L. . As ações na execução reformada. In: Ernane Fidélis dos Santos; Luiz Rodrigues Wambier; Nelson Nery Jr.; Teresa Arruda Alvim Wambier. (Org.). Execução civil - estudos homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v. , p. 850-867.

ii. GRECO, L. . A tutela jurisdicional internacional dos interesses coletivos. In: João Carlos de Carvalho Rocha; Tarcísio Humberto Parreiras Henriques Filho; Ubiratan Cazetta. (Org.). Ação civil pública - 20 anos da Lei n.7.347/85. Belo Horizonte: Editora Del Rey Ltda., 2006, v. , p. 15-34.

iii. GRECO, L. . O princípio do contraditório. In: Vicente de Paulo Barretto. (Org.). Dicionário de Filosofia do Direito. São Leopoldo/ Rio de Janeiro: Editora Unisinos/ Editora Renovar, 2006, v. , p. 154-159.

iv. GRECO, L. . Eficácia da Declaração Erga Omnes de Constitucionalidade ou Inconstitucionalidade em Relação à Coisa Julgada Anterior. In: Fredie Didier Jr.. (Org.). Relativização da coisa julgada - Enfoque Crítico. 2 ed. Salvador: JusPODIVM, 2006, v. , p. 221-230.

v. GRECO, L. . A defesa na execução imediata. In: Fredie Didier Jr.. (Org.). Execução civil - estudos em homenagem ao Professor Paulo Furtado. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, v. , p. 173-184.

vi. GRECO, L. ; BRANDÃO, Raimundo dos Reis . O acesso dos pobres à justiça civil. In: Sidney Guerra. (Org.). Temas emergentes de Direitos Humanos. Campos dos Goitacases: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2006, v. , p. 353-362.

vii. GRECO, L. . Garantias Fundamentais do Processo: o Processo Justo. In: Manoel Messias Peixinho; Isabella Franco Guerra; Firly Nascimento Filho. (Org.). Os princípios da Constituição de 1988. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, v. , p. 369-406.

viii. GRECO, L. . As provas no processo ambiental. In: Miriam Fontenelle. (Org.). Temas de Direito Ambiental. Campos dos Goytacazes: Editora Faculdade de Direito de Campos, 2006, v. , p. 227-260.

ix. GRECO, L. . A prova no Processo Civil: do Código de 1973 ao novo Código Civil . In: Leonardo Greco; Fernando Gama de Miranda Netto. (Org.). Direito Processual e Direitos Fundamentais. 1ª ed. Rio de Janeiro: Livraria e Editora Lumen Juris, 2005, v. 1, p. 95-124.

x. GRECO, L. . Conceito de Prova. In: Luiz Guilherme Marinoni. (Org.). Estudos de Direito Processual Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, v. , p. 366-388.

xi. GRECO, L. . A prova no processo civil: do Código de 1973 ao novo Código Civil. In: Hélio Rubens Batista Ribeiro Costa; José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro; Pedro da Silva Dinamarco. (Org.). Linhas mestras do Processo Civil. São Paulo: Atlas, 2004, v. , p. 397-422.

xii. GRECO, L. . Execução de liminar em sede de mandado de segurança. In: Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva. (Org.). Execução contra a Fazenda Pública. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2003, v. , p. 197-230.

xiii. GRECO, L. . O Processo Eletrônico. In: Ives Gandra da Silva Martins; Marco Aurelio Greco. (Org.). Direito e Internet - Relações Jurídicas na Sociedade Informatizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, v. , p. 77-94.

xiv. GRECO, L. . A crise do processo de execução. In: César Augusto de Castro Fiuza; Maria de Fátima Freire de Sá; Ronaldo Brêtas C. Dias. (Org.). Temas atuais de Direito Processual Civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, v. , p. 211-286.

xv. GRECO, L. . Tribunais supranacionais e aplicação do Direito comunitário. In: Universidade Federal de Santa Maria. (Org.). Direito Comunitário do Mercosul. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1997, v. , p. 188-197.

[iii] **EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DE CÓDIGO MODELO DE PROCESSOS COLETIVOS PARA A IBERO-AMÉRICA**

Sumário: 1. *Significado social e político da tutela dos interesses ou direitos transindividuais*. 2. *O sistema de common law: as class actions norte-americanas*. 3. *O sistema de civil law: o tratamento da matéria nos países da Ibero-América*. 4. *A necessidade de um Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América*. 5. *O modelo do Código: um sistema supra-nacional adequado à realidade dos países da comunidade ibero-americana.* 6. *Breve síntese do conteúdo do Código*. 7. *Conclusão*.

EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS

1. Tem sabor de lugar comum a afirmação de que o processo tradicional não se presta à defesa dos direitos e interesses transindividuais, cujas características os colocam a meio caminho entre o interesse público e o privado, sendo próprios de uma sociedade globalizada e resultado de conflitos de massa. E igualmente clara é a dimensão social do reconhecimento e tutela dos direitos e interesses transindividuais, por serem comuns a uma coletividade de pessoas, e somente a estas. Interesses espalhados e informais à tutela de necessidades coletivas, sinteticamente referíveis à qualidade de vida. Interesses de massa, que comportam ofensas de massa e que colocam em contraste grupos, categorias, classes de pessoas. Não mais se trata de um feixe de linhas paralelas, mas de um leque de linhas que convergem para um objeto comum e indivisível. Aqui se inserem os interesses dos consumidores, ao meio ambiente, dos usuários de serviços públicos, dos investidores, dos beneficiários da Previdência Social e de todos aqueles que integram uma comunidade compartilhando de suas necessidades e de seus anseios.

O reconhecimento e a necessidade de tutela desses interesses puseram em relevo sua configuração política. Em conseqüência, a teoria das liberdades públicas forjou uma nova "geração" de direitos fundamentais. Aos direitos clássicos de primeira geração, representados pelas tradicionais liberdades negativas, próprias do Estado liberal, com o correspondente dever de abstenção por parte do Poder Público; aos direitos de segunda geração, de caráter econômico-social, compostos por liberdades positivas, com o correlato dever do Estado a um *dare, facere* ou *praestare* a teoria constitucional acrescentou uma terceira geração de direitos fundamentais representados pelos direitos de solidariedade, decorrentes dos referidos interesses sociais. E, à medida em que o direito constitucional dá a esses interesses a natureza jurídica de direitos, não há mais razão de ser para a clássica discussão em torne dessas situações de vantagem configurarem interesses ou direitos.

2. Nos sistemas do common law a tutela dos interesses ou direitos transindividuais é tradicional: o instituto das class actions do sistema norte-americano, baseado na equit) e com antecedentes no Bill of Peace do século XVII, foi sendo ampliado de modo a adquirir aos poucos papel central do ordenamento. As Federal Rules of Civil Procedure de 1938 fixaram, na Regra 23, as normas fundamentais retoras das class actions. As dificuldades práticas, quanto à configuração e requisitos de uma ou outra de suas categorias, com tratamento processual próprio, levaram o Advisory Committee on Civil Rules a modificar a disciplina da matéria na revisão feita pelas Federal Rules de 1966, as quais estão sendo novamente trabalhadas para eventuais modificações.

3. Nos sistemas do *civil law*, coube ao Brasil a primazia de introduzir no ordenamento a tutela dos interesses difusos e coletivos, de natureza indivisível, antes de tudo pela reforma de 1977 da Lei da Ação Popular; depois, mediante lei específica de 1985 sobre a denominada "ação civil pública"; a seguir, em 1988, elevando a nível constitucional a proteção dos referidos interesses; e finalmente, em 1990, pelo Código de Defesa do Consumidor (cujas disposições processuais são aplicáveis à tutela de todo e qualquer interesse ou direito transindividual). Este Código foi além da dicotomia dos interesses difusos e coletivos, criando a categoria dos chamados interesses individuais homogêneos, que abriram caminho às ações reparatórias dos prejuízos individualmente sofridos (correspondendo, no sistema norte-americano, às class actions for damages).

O Código Modelo de Processo Civil para Ibero-América recepcionou a idéia brasileira da tutela jurisdicional dos interesses difusos, com algumas modificações em relação à legitimação (que inclui qualquer interessado) e ao controle sobre a representatividade adequada (que no Brasil não é expresso). Com relação à coisa julgada, o regime brasileiro do julgado *erga omnes*, salvo insuficiência de provas, foi igualmente adotado.

No Uruguai, o Código Geral de Processo de 1989 repetiu as regras do Código Modelo de Processo Civil.

Na Argentina, primeiro a jurisprudência e depois o Código de Código Civil e Comercial da Nação, de 1993, seguiram o Código Modelo Ibero-Américano, até que a Constituição de 1994 contemplou, no art. 43, os chamados "direitos de incidência coletiva", para cuja tutela prevê o "amparo" e a legitimação ampla para o exercício de sua defesa. Mas a doutrina preconiza a introdução, no ordenamento, de ações específicas, à semelhança das existentes no modelo brasileiro. A jurisprudência, mesmo sem textos legais, tem avançado com criatividade para assegurar a tutela concreta dos direitos e interesses coletivos.

Em 1995, Portugal deu um passo à frente, com a Lei da Ação Popular, da qual também se extrai a defesa dos direitos individuais homogêneos. Em 1996, Portugal também criou ações inibitórias para a defesa dos interesses dos consumidores. E, desde 1985 o sistema já conhecia ações relativas às cláusulas gerais, com legitimação conferi da ao Ministério Público, e portanto diversa da prevista para a ação popular, que é limitada ao cidadão, às associações e fundações com personalidade jurídica e às autarquias locais.

A seguir, outros ordenamentos ibero-americanos introduziram, de alguma forma, a tutela dos interesses difusos e coletivos em seus sistemas. No Chile, foi ampliada a abrangência da ação popular, com regulamentação em várias leis especiais e no art. 2.333 do Código Civil. No Paraguai, a Constituição consagra o direito individual ou coletivo de reclamar da autoridade pública a defesa do ambiente, da saúde pública, do consumidor e outros que por sua natureza pertençam à coletividade, mas não contempla expressamente instrumentos processuais para esse fim. No Peru, há alguma legislação esparsa e específica para a tutela de certos direitos coletivos, no campo das organizações sindicais e das associações dos consumidores. Na Venezuela, a nova Constituição prevê a possibilidade de qualquer pessoa entrar em juízo para a tutela de seus direitos ou interesses, inclusive coletivos ou difusos, mas não há lei específica que regule a matéria. A jurisprudência venezuelana reconhece legitimação para os mesmos fins ao Ministério Público, com base na legitimação geral que lhe confere a Constituição. Na Colômbia, a Constituição de 1991, no art. 88, atribuiu nível constitucional às ações populares e de grupo e autorizou o legislador a definir os casos de responsabilidade objetiva pelo dano causado a interesses e direitos coletivos. A Lei n. 472 de 1998, que entrou em vigor a 5 de agosto de 1999, regulamentou o referido art. 88 da Constituição, definindo o regime das ações populares e de grupo. O art. 70 cria o Fundo para a Defesa dos Direitos e Interesses Coletivos e o art. 80 cria um registro público das ações populares e que grupo, a ser gerido pela Defensoria do Povo de forma centralizada. (Fonte: Ramiro Bejarano Guzmán, Processos declarativos, Temis, 2001, 159-219, especialmente 160-163). É importante ressaltar que a ação popular destina-se à tutela dos direitos difusos e as ações de grupo à defesa dos que o Código Modelo chama "direitos individuais homogêneos".

Na Espanha, a reforma processual civil de 2000 contempla a defesa de interesses transindividuais mas, segundo parte da doutrina, de maneira incompleta e insuficiente.

4. Vê-se daí que a situação da defesa dos direitos e interesses transindividuais, em Ibero-América, é às vezes insuficiente e muito heterogênea. E também se percebe que diversos países ainda não têm legislação alguma, ou legislação abrangente sobre a matéria.

A idéia de um Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América surgiu em Roma, numa intervenção de Antonio Glide, membro brasileiro do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, reunicto em maio de 2002, no VII Seminário Internacional co-organizado pelo "Centro di Studi Giuridici Latino Americani" da "Università degli Studi di Roma - Tor Vergata", pelo "Instituto Ítalo-Latino Americano" e pela 'Associazione di Studi Sociali Latino-Americani". E foi ainda em Roma que a Diretoria do Instituto Ibero-Americano amadureceu a idéia, incorporando-a com entusiasmo. E, em Assembléia, foi votada a proposta de se empreender um trabalho que levasse à elaboração de um Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, nos moldes dos já editados Códigos Modelo de Processo Civil e de Processo Penal. Ou seja, de um Código que pudesse servir não só como repositório de princípios, mas também como modelo concreto para inspirar as reformas, de modo a tornar mais homogênea a defesa dos interesses e direitos transindividuais em países de cultura jurídica comum. O Código - como sua própria denominação diz - deve ser apenas um modelo, a ser adaptado às peculiaridades locais, que serão levadas em consideração na atividade legislativa de cada país; mas deve ser, ao mesmo tempo, um modelo plenamente operativo.

Incumbidos pela Presidência do Instituto de preparar uma proposta de Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Antonio Gidi apresentaram o resultado de seu trabalho nas Jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual, de Montevidéu, em outubro de 2002, onde a Proposta foi transformada em Anteprojeto.

O Instituto Ibero-Americano de Direito Processual convocou então uma plêiade de professores ibero-americanos para manifestarem sua opinião sobre o Código, papel este coordenado por Antonio Gidi (Brasil) e Eduardo Ferrer MacGregor (México). Os trabalhos foram publicados pela Editorial Porrúa sob o título "A tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos - Rumo a um Código Modelo para Ibero-América" e apresentados no decorrer do XII Congresso Mundial de Direito Processual, realizado na Cidade do México, de 22 a 26 de setembro de 2003.

Com os aportes acima referidos, a Comissão Revisara, integrada por Ada Pellegrini Grinover, Aluisio G. de Castro Mendes, Anibal Quiroga León, Antonio Gidi, Enrique M. Falcón, José Luiz Vázquez Sotelo, Kazuo Watanabe, Ramiro Bejarano Guzmán, Roberto Berizonce e Sergio Artavia procedeu a aperfeiçoar o Anteprojeto, surgindo assim sua 2ª Versão, que em sua redação definitiva foi revista pelo professor do Uruguai Angel Landoni Sosa. O Anteprojeto foi discutido em Roma, recebendo algumas sugestões de aperfeiçoamento. Estas foram acolhidas, tendo os membros da Comissão Revisora, por sua vez, apresentado outras.

Finalmente, votadas as novas propostas, o Anteprojeto converteu-se em Projeto, que foi aprovado pela Assembléia Geral do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, realizada em outubro de 2004, durante as XIX Jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual, em Caracas, transformando-se assim no Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América

5. O modelo ora apresentado inspira-se, em primeiro lugar, naquilo que já existe nos países da comunidade ibero-americana, complementando, aperfeiçoando e harmonizando as regras existentes, de modo a chegar a uma proposta que possa ser útil para todos. Evidentemente, foram analisadas a sistemática norte-americana das class actions e a brasileira das ações coletivas (aplicada há quase 20 anos), mas o Código afasta-se em diversos pontos dos dois Modelos, para criar um sistema original, adequado à realidade existente nos diversos países ibero-americanos.

Tudo isto foi levado em conta para a preparação do Código, que acabou, por isso mesmo, perdendo as características de um modelo nacional, para adquirir efetivamente as de um verdadeiro sistema ibero-americano de processos coletivos, cioso das normas constitucionais e legais já existentes nos diversos países que compõem nossa comunidade.

6. Em linhas extremamente gerais, o Código compõe-se de VII Capítulos.

O Capítulo I destina-se a conceituar os interesses ou direitos transindividuais, segundo as categorias de difusos (aos quais foram subsumidos os coletivos, pela terminologia brasileira) e individuais homogêneos, já conhecidas de diversos países ibero-americanos. Para os interesses individuais homogêneos, buscaram-se no sistema norte-americano os requisitos da predominância das questões comuns sobre as individuais e da utilidade da tutela coletiva no caso concreto (*predominance and superiority*), que a experiência brasileira demonstrou serem necessários. A representatividade adequada - mencionada em muitos estatutos ibero-americanos - é exigida e detalhada, mediante uma lista exemplificativa de critérios que poderão orientar o juiz em sua avaliação. A legitimação é a mais aberta possível, para atender a todos os modelos já existentes de processos coletivos em Ibero-América. Fica claro que a legitimação é concorrente e autônoma, admitido o litisconsórcio dos co-legitimados. Não se descura do papel de fiscal da lei do Ministério Público e se prevê o compromisso administrativo de ajustamento de conduta, a ser tomado pelos legitimados de natureza pública, capaz de evitar ou encurtar o processo, com a formação imediata de título executivo.

O Capítulo II trata dos provimentos jurisdicionais que se podem obter pelo exercício da ação coletiva: é aqui que o Código se preocupa eminentemente com a efetividade do processo coletivo, que deve levar a uma resposta jurisdicional realmente capaz de satisfazer os direitos transindividuais violados ou ameaçados. Encontram-se aí normas sobre a antecipação de tutela e sobre sua possível estabilização; sobre a ação condenatória à reparação dos danos ao bem indivisivelmente considerado e à destinação da indenização para a recuperação do bem lesado ou a finalidades conexas;

sobre a condenação a uma obrigação de fazer ou não fazer (inibitória), em que a indenização é a ultima *ratio*, à qual se prefere o regime de multas diárias (astreintes) ou até mesmo o de mandamentos judiciais aptos à obtenção de um resultado prático equivalente ao adimplemento da obrigação; sobre a condenação a uma obrigação de dar.

O Capítulo III trata de regras processuais aplicáveis, em geral, aos processos coletivos: a competência, o pedido e a causa de pedir, a tentativa de conciliação e de outras formas de auto e heterocomposição, preservada a indiponibilidade do bem jurídico coletivo. O processo desenvolve-se por audiências, exercendo o juiz vários poderes de controle e direção, inclusive podendo decidir desde logo a demanda pelo mérito, quando não houver necessidade de prova. Seguem regras sobre a distribuição do ônus da prova, sobre as custas, emolumentos e honorários, tanto do perito como dos advocatícios, prevendo-se incentivos para a pessoa física, os sindicatos e as associações autoras, sobre a interrupção do prazo de prescrição para as pretensões individuais como conseqüência da propositura da ação coletiva etc. Finalmente, cuida-se aqui dos efeitos da apelação, em regra meramente devolutivo e da execução provisória, matérias em que alguns ordenamentos ibero-americanos são omissos.

O Capítulo IV detém-se sobre as ações coletivas em defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos e, particularmente, sobre a ação coletiva reparatória dos danos individualmente sofridos (a *class action for damages norte-americana*), movida pelos legitimados sem necessidade de indicação da identidade das vítimas. Dá-se conhecimento do ajuizamento da ação aos possíveis interessados, para que possam intervir no processo, querendo, como assistentes ou coadjuvantes, sendo-lhes vedado, porém, discutir suas pretensões individuais no processo coletivo de conhecimento. Cuidado especial tomou-se com as notificações. Em caso de acolhimento do pedido, a sentença poderá ser genérica, declarando a existência do dano geral e condenando o vencido à obrigação de indenizar a todas as vítimas e seus sucessores (ainda não identificados). Caberá a estes, individualmente ou pelos legitimados coletivos, provar na liquidação da sentença o seu dano pessoal, o nexo causal com o dano global reconhecido pela sentença, e quantificar o prejuízo individualmente sofrido. Mas o Código também prevê a possibilidade de o juiz, na sentença condenatória, fixar as indenizações individuais, quando isto for possível. Cuida-se, também, do caso de concurso de créditos e se prescreve que, decorrido um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, haverá execução coletiva da importância devida a título de danos causados,

cuidando de sua destinação a um fundo. Aqui o Código adota a solução da *fluind recovery* do sistema norte-americano.

O Fundo de Direitos Difusos e Individuais Homogêneos tem regras específicas sobre a gestão e as atividades, a serem controladas pelo juiz.

No Capítulo V são tratados a conexão, a litispendência e a coisa julgada.

Conexão litispendência têm regras claras, incluindo as relações entre ações coletivas ou entre uma ação coletiva e as ações individuais. Também está prevista a possibilidade de conversão de várias ações individuais numa ação coletiva. Para os interesses ou direitos difusos, o regime da coisa julgada é sempre de eficácia da sentença erga omnes, em caso de procedência ou improcedência do pedido, salvo quando a improcedência se der por insuficiência de provas, hipótese em que a demanda pode ser repetida, com novas provas. Esta solução já é tradicional nos países de Ibero-América, mas o Código avança, admitindo nova ação, com base em provas novas, no prazo de 2 anos a partir da descoberto de prova nova, superveniente ao processo coletivo (coisa julgada *secundum probationem,* como decorrência especial da *clásula rebus sic stantibus*). Com relação aos interesses ou direitos individuais homogêneos, a escolha da legislação brasileira, mantida no Código, é da coisa julgada secundum *eventum litis*: ou seja, a coisa julgada positiva atua erga omnes, beneficiando a todos os membros do grupo; mas a coisa julgada negativa só atinge os legitimados às ações coletivas, podendo cada indivíduo, prejudicado pela sentença, opor-se à coisa julgada, ajuizando sua ação individual, no âmbito pessoal. Outras normas cuidam do transporte, *in utilibus*, da coisa julgada positiva resultante de uma ação em defesa de interesses ou direitos difusos, em proveito das vítimas individuais do mesmo evento danoso.

O Capítulo VI introduz uma absoluta novidade para os ordenamentos de civil law: a ação coletiva passiva, ou seja a *defendant class* action do sistema norte-americano. Preconizada pela doutrina brasileira, objeto de tímidas tentativas na práxis, a ação coletiva passiva, conquanto mais rara, não pode ser ignorada num sistema de processos coletivos. A ação, nesses casos, é proposta não pela classe, mas contra ela. O Código exige que se trate de uma coletividade organizada de pessoas, ou que o grupo tenha representante adequado, e que o bem jurídico a ser tutelado seja transindividual e seja de relevância social. A questão principal que se punha, nesses casos, era o do regime da coisa julgada: em obséquio ao princípio geral de que a sentença só pode favorecer os integrantes do grupo quando se trata de direitos ou interesses individuais homogêneos, o mesmo princípio devia ser mantido quando a classe figurasse no pólo passivo da demanda. Assim, quando se trata de bens jurídicos de natureza indivisível (interesses difusos), o regime da coisa julgada é erga omnes, simetricamente ao que ocorre quando o grupo litiga no pólo ativo (mas sem o temperamento da improcedência por insuficiência de provas, inadequado quando a classe se coloca no pólo passivo); mas, quando se trata de bens jurídicos de natureza divisível (interesses ou direitos individuais homogêneos), a coisa julgada positiva não vinculará os membros do grupo, categoria ou classe, que poderão mover ações próprias ou discutir a sentença no processo de execução, para afastar a eficácia da sentença em sua esfera jurídica individual. Mutatis mutandis, é o mesmo tratamento da coisa julgada secundum eventum litis para os interesses ou direitos individuais homogêneos, quando a classe litiga no pólo ativo. No entanto, tratando-se de ação movida contra o sindicato, a coisa julgada, mesmo positiva, abrangerá sem exceções os

membros da categoria, dada a posição constitucional que em muitos países o sindicato ocupa e sua representatividade adequada, mais sólida do que a das associações.

Por último, o Capítulo VII trata das disposições finais, contemplando uma recomendação ao intérprete e determinando a aplicação subsidiária dos diversos Códigos de Processo Civil e legislações especiais pertinentes, no que não forem incompatíveis.

7. Em conclusão, o Código ora apresentado, sem desprezar as experiências de tutela jurisdicional dos direitos e interesses transindividuais de diversos países, cria um modelo original, aderente às regras pré-existentes nos ordenamento ibero-americanos, que aperfeiçoa e complementa. Desse modo, acaba perdendo qualquer característica nacional e se constitui num verdadeiro sistema ibero-americano de processos coletivos, harmonioso e completo, que poderá ser tomado como modelo pelos países de nossa comunidade, empenhados na transformação de um processo individualista num processo social.

Outubro de 2004
ROBERTO BERIZONCE (Presidente) - Argentina
ADA PELLEGRINI GRINOVER - Brasil
ANGEL LANOONI SOSA - Uruguai

[iv] **CÓDIGO MODELO DE PROCESSOS COLETIVOS PARA IBERO-AMÉRICA**

INSTITUTO IBERO-AMERICANO DE DIREITO PROCESSUAL

INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO PROCESAL

Capítulo I
DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 1 º Cabimento da ação coletiva - A ação coletiva será exercida para a tutela de:
I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas por circunstâncias de fato ou vinculadas, entre si ou com a parte contrária, por uma relação jurídica base;
II - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendido o conjunto de direitos subjetivos individuais, decorrentes de origem comum, de que sejam titulares os membros de um grupo, categoria ou classe.
Art. 2º Requisitos da ação coletiva - São requisitos da demanda coletiva:
I - a adequada representatividade do legitimado;
II - a relevância social da tutela coletiva, caracterizada pela natureza do bem jurídico, pelas características da lesão ou pelo elevado número de pessoas atingidas.
§ 1 º Para a tutela dos interesses ou direitos individuais homogêneos, além dos requisitos indicados nos ns. I e II deste artigo, é também necessária a aferição da predominância das questões comuns sobre as individuais e da utilidade da tutela coletiva no caso concreto.
§ 2º Na análise da representatividade adequada o juiz deverá analisar dados como:
a) a credibilidade, capacidade, prestígio e experiência do legitimado;
b) seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos dos membros do grupo, categoria ou classe;
c) sua conduta em outros processos coletivos;
d) a coincidência entre os interesses dos membros do grupo, categoria ou classe e o objeto da demanda;
e) o tempo de instituição da associação e a representatividade desta ou da pessoa física perante o grupo, categoria ou classe.
§ 3º O juiz analisará a existência do requisito da representatividade adequada a qualquer tempo e em qualquer grau do procedimento, aplicando, se for o caso, o disposto no § 4º do art. 3º.
Art. 3º Legitimação ativa - São legitimados concorrentemente à ação coletiva:
I - qualquer pessoa física, para a defesa dos interesses ou direitos difusos de que seja titular um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas por circunstâncias de fato;
II - o membro do grupo, categoria ou classe, para a defesa dos interesses ou direitos difusos de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base e para a defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos;
III - o Ministério Público, o Defensor do Povo e a Defensoria Pública; IV - as pessoas jurídicas de direito público interno;
V - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código;
VI - as entidades sindicais, para a defesa dos interesses e direitos da categoria; VII - os partidos políticos, para a defesa de direitos e interesses ligados a seus fins institucionais.

VIII - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos neste Código, dispensada a autorização assemblear.
§ 1 º O requisito da pré-constituição pode ser dispensado pelo juiz, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.
§ 2º Será admitido o litisconsórcio facultativo entre os legitimados.
§ 3º Em caso de relevante interesse social, o Ministério Público, se não ajuizar a ação ou não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei.
§ 4º Em caso de inexistência do requisito da representatividade adequada, de desistência infundada ou abandono da ação por pessoa física, entidade sindical ou associação legitimada, o juiz notificará o Ministério Público e, na medida do possível, outros legitimados adequados para o caso a fim de que assumam, querendo, a titularidade da ação.
§ 5º O Ministério Público e os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso administrativo de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.

Capítulo II
DOS PROVIMENTOS JURISDICIONAIS
Art. 4º Efetividade da tutela jurisdicional- Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este Código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.
Art. 5º Tutela jurisdicional antecipada - O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, com base em prova consistente, se convença da verossimilhança da alegação e:
I - haja fundado receio de ineficácia do provimento final; ou
II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do demandado.
§ 1 º Não se concederá a antecipação da tutela se houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado, a menos que, num juízo de ponderação dos valores em jogo, a denegação da medida signifique sacrifício irrazoável de bem jurídico relevante.
§ 2º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões de seu convencimento.
§ 3º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.
§ 4º Se não houver controvérsia quanto à parte antecipada na decisão liminar, após a oportunidade de contraditório esta se tornará definitiva e fará coisa julgada, prosseguindo o processo, se for o caso, para julgamento dos demais pontos ou questões postos na demanda.
Art. 6º Obrigações de fazer e não fazer - Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.
§ 1 º O juiz poderá, na hipótese de antecipação de tutela ou na sentença, impor multa diária ao demandado, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito.
§ 2º O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva.
§ 3º Para a tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz determinar as medidas necessárias, tais como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial.
§ 4º A conversão da obrigação em perdas e danos somente será admissível se por elas optar o autor ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.
§ 5º A indenização por perdas e danos se fará sem prejuízo da multa.
Art. 7º Obrigações de dar - Na ação que tenha por objeto a obrigação de entregar coisa, determinada ou indeterminada, aplicam-se, no que couber, as disposições do artigo anterior.
Art. 8º Ação indenizatória - Na ação condenatória à reparação dos danos provocados ao bem indivisivelmente considerado, a indenização reverterá ao Fundo dos Direitos Difusos e Individuais Homogêneos, administrado por um Conselho Gestor governamental, de que participarão necessariamente membros do Ministério Público, juízes e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados ou, não sendo possível, à realização de atividades tendentes a minimizar a lesão ou a evitar que se repita, dentre outras que beneficiem o bem jurídico prejudicado.
§ 1 º O Fundo será notificado da propositura de toda ação coletiva e sobre as decisões mais importantes do processo e poderá intervir nos processos coletivos em qualquer tempo e grau de jurisdição para demonstrar a inadequação do representante ou auxiliá-lo na tutela dos interesses ou direitos do grupo, categoria ou classe;
§ 2º O Fundo manterá registros que especifiquem a origem e a destinação dos recursos e indicará a variedade dos bens jurídicos a serem tutelados e seu âmbito regional;
§ 3º Dependendo da especificidade do bem jurídico afetado, da extensão territorial abrangida e de outras circunstâncias consideradas relevantes, o juiz poderá especificar, em decisão fundamentada, a destinação da indenização e as

providências a serem tomadas para a reconstituição dos bens lesados, podendo indicar a realização de atividades tendentes a minimizar a lesão ou a evitar que se repita, dentre outras que beneficiem o bem jurídico prejudicado;
§ 4º A decisão que especificar a destinação da indenização indicará, de modo claro e preciso, as medidas a serem tomadas pelo Conselho Gestor do Fundo, bem como um prazo razoável para que tais medidas sejam concretizadas;
§ 5º Vencido o prazo fixado pelo juiz, o Conselho Gestor do Fundo apresentará relatório das atividades realizadas, facultada, conforme o caso, a solicitação de sua prorrogação, para complementar as medidas determinadas na decisão judicial.

Capítulo III
DOS PROCESSOS COLETIVOS EM GERAL

Art. 9º Competência territorial - É competente para a causa o foro:
I - do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local;
II - da Capital, para os danos de âmbito regional ou nacional, aplicando-se as regras pertinentes de organização judiciária.
Art. 10. Pedido e causa de pedir - Nas ações coletivas, o pedido e a causa de pedir serão interpretados extensivamente.
§ 1 º Ouvidas as partes, o juiz permitirá a emenda da inicial para alterar ou ampliar o objeto da demanda ou a causa de pedir.
§ 2º O juiz permitirá a alteração do objeto do processo a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição, desde que seja realizada de boa-fé, não represente prejuízo injustificado para a parte contrária e o contraditório seja preservado.
Art. 11. Audiência preliminar - Encerrada a fase postulatória, o juiz designará audiência preliminar, à qual comparecerão as partes ou seus procuradores, habilitados a transigir.
§ 1 º O juiz ouvirá as partes sobre os motivos e fundamentos da demanda e tentará a conciliação, sem prejuízo de sugerir outras formas adequadas de solução do conflito, como a mediação, a arbitragem e a avaliação neutra de terceiro.
§ 2º A avaliação neutra de terceiro, obtida no prazo fixado pelo juiz, é sigilosa, inclusive para este, e não vinculante para as partes, sendo sua finalidade exclusiva a de orientá-las na tentativa de composição amigável do conflito.
§ 3º Preservada a indisponibilidade do bem jurídico coletivo, as partes poderão transigir sobre o modo de cumprimento da obrigação.
§ 4º Obtida a transação, será homologada por sentença, que constituirá título executivo judicial.
§ 5º Não obtida a conciliação, sendo ela parcial, ou quando, por qualquer motivo, não for adotado outro meio de solução do conflito, o juiz, fundamentadamente:
I - decidirá se a ação tem condições de prosseguir na forma coletiva;
II - poderá separar os pedidos em ações coletivas distintas, voltadas à tutela, respectivamente, dos interesses ou direitos difusos e individuais homogêneos, desde que a separação represente economia processual ou facilite a condução do processo;
III - fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se for o caso;
IV - esclarecerá os encargos das partes quanto à distribuição do ônus da prova, de acordo com o disposto no § 1 º do art. 12.
Art. 12. Provas - São admissíveis em juízo todos os meios de prova, desde que obtidos por meios lícitos, incluindo a prova estatística ou por amostragem.
§ 1 º O ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração. Não obstante, se por razões de ordem econômica ou técnica, o ônus da prova não puder ser cumprido, o juiz determinará o que for necessário para suprir à deficiência e obter elementos probatórios indispensáveis para a sentença de mérito, podendo requisitar perícias à entidade pública cujo objeto estiver ligado à matéria em debate, condenado-se o demandado sucumbente ao reembolso. Se assim mesmo a prova não puder ser obtida, o juiz poderá ordenar sua realização, a cargo ao Fundo de Direitos Difusos e Individuais Homogêneos.
§ 2º Durante a fase instrutória, surgindo modificação de fato ou de direito relevante para o julgamento da causa, o juiz poderá rever, em decisão motivada, a distribuição do ônus da prova, concedido à parte a quem for atribuída a incumbência prazo razoável para a produção da prova, observado o contraditório em relação à parte contrária.
§ 3º O juiz poderá determinar de ofício a produção de provas, observado o contraditório.
Art. 13. Julgamento antecipado do mérito - O juiz decidirá desde logo a demanda pelo mérito, quando não houver necessidade de produção de prova.
Parágrafo único. O juiz poderá decidir desde logo parte da demanda, quando não houver necessidade de produção de prova, sempre que isso não importe em prejulgamento direto ou indireto do litígio que continuar pendente de decisão, prosseguindo o processo para a instrução e julgamento em relação aos demais pedidos nos autos principais e a parte antecipada em autos complementares.
Art. 14. Legitimação à liqüidação e execução da sentença condenatória Decorridos 60 (sessenta) dias da passagem em julgado da sentença de procedência, sem que o autor promova a liquidação ou execução, deverá fazê-lo o Ministério Público, quando se tratar de interesse público relevante, facultada igual iniciativa, em todos os casos, aos demais legitimados.

Art. 15. Custas e honorários - Nas ações coletivas de que trata este Código, a sentença condenará o demandado, se vencido, nas custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, bem como em honorários de advogados.
§ 1 º No cálculo dos honorários, o juiz levará em consideração a vantagem para o grupo, categoria ou classe, a quantidade e qualidade do trabalho desenvolvido pelo advogado e a complexidade da causa.
§ 2º Se o legitimado for pessoa física, sindicato ou associação, o juiz poderá fixar gratificação financeira quando sua atuação tiver sido relevante na condução e êxito da ação coletiva.
§ 3º Os autores da ação coletiva não adiantarão custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem serão condenados, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogados, custas e despesas processuais.
§ 4º O litigante de má-fé e os responsáveis pelos respectivos atos serão solidariamente condenados ao pagamento das despesas processuais, em honorários advocatícios e no décuplo das custas, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos.
Art. 16. Prioridade de processamento - O juiz deverá dar prioridade ao processamento da ação coletiva, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão do dano ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.
Art. 17; Interrupção da prescrição - A citação válida para a ação coletiva interrompe o prazo de prescrição das pretensões individuais e transindividuais direta ou indiretamente relacionadas com a controvérsia, retroagindo o efeito à data da propositura da demanda.
Art. 18. Efeitos da apelação - A apelação da sentença definitiva tem efeito meramente devolutivo, salvo quando a fundamentação for relevante e puder resultar à parte lesão grave e de difícil reparação, hipótese em que o juiz pode atribuir ao recurso efeito suspensivo.
Art. 19. Execução definitiva e execução provisória - A execução é definitiva quando passada em julgado a sentença; e provisória, na pendência dos recursos cabíveis.
§ 1 º A execução provisória corre por conta e risco do exeqüente, que responde pelos prejuízos causados ao executado, em caso de reforma da sentença recorrida.
§ 2º A execução provisória permite a prática de atos que importem em alienação do domínio ou levantamento do depósito em dinheiro.
§ 3º A pedido do executado, o juiz pode suspender a execução provisória quando dela puder resultar lesão grave e de difícil reparação.

Capítulo IV
DA AÇÃO COLETIVA PARA A DEFESA DE INTERESSES OU DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

Art 20. Ação coletiva de responsabilidade civil- Os legitimados poderão propor, em nome próprio e no interesse das vítimas ou seus sucessores, dentre outras (art. 4º), ação civil coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos, de acordo com o disposto nos artigos seguintes.
Parágrafo único. A determinação dos interessados poderá ocorrer no momento da liquidação ou execução do julgado, não havendo necessidade de a petição inicial estar acompanhada da relação de membros do grupo, classe ou categoria. Conforme o caso, o juiz poderá determinar, ao réu ou a terceiro, a apresentação da relação e dados de pessoas que se enquadram no grupo, categoria ou classe.
Art. 21. Citação e notificações - Estando em termos a petição inicial, o juiz ordenará a citação do réu e a publicação de edital no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como assistentes ou coadjuvantes.
§ 1 º Sem prejuízo da publicação do edital, o juiz determinará sejam os órgãos e entidades de defesa dos interesses ou direitos protegidos neste Código notificados da existência da demanda coletiva e de seu trânsito em julgado a fim de que cumpram o disposto no caput deste artigo.
§ 2º Quando for possível a execução do julgado, ainda que provisória, ou estiver preclusa a decisão antecipatória dos efeitos da tutela pretendida, o juiz determinará a publicação de edital no órgão oficial, às custas do demandado, impondo-lhe, também, o dever de divulgar nova informação pelos meios de comunicação social, observado o critério da modicidade do custo. Sem prejuízo das referidas providências, o juízo providenciará a comunicação aos órgãos e entidades de defesa dos interesses ou direitos protegidos neste Código, para efeito do disposto no parágrafo anterior.
§ 3º Os intervenientes não poderão discutir suas pretensões individuais no processo coletivo de conhecimento.
Art. 22. Sentença condenatória - Em caso de procedência do pedido, a condenação poderá ser genérica, fixando a responsabilidade do demandado pelos danos causados e o dever de indenizar.
§ 1º Sempre que possível, o juiz calculará o valor da indenização individual devida a cada membro do grupo na própria ação coletiva
§ 2º Quando o valor dos danos individuais sofridos pelos membros do grupo for uniforme, prevalentemente uniforme ou puder ser reduzido a uma fórmula matemática, a sentença coletiva indicará o valor ou a fórmula de cálculo da indenização individual.
§ 3[2] O membro do grupo que considerar que o valor da indenização individual ou a fórmula para seu cálculo diverso do estabelecido na sentença coletiva, poderá propor ação individual de liquidação.

Art. 23. Liquidação e execução individuais - A liquidação e a execução de sentença poderão ser promovidas pela vítima e seus sucessores, assim como pelos legitimados à ação coletiva.
Parágrafo único. Na liquidação da sentença, que poderá ser promovida no foro do domicílio do liquidante, caberá a este provar, tão só, o dano pessoal, o nexo de causalidade e o montante da indenização.
Art 24. Execução coletiva - A execução poderá ser coletiva, sendo promovida pelos legitimados à ação coletiva, abrangendo as vítimas cujas indenizações já tiverem sido fixadas em liquidação, sem prejuízo do ajuizamento de outras execuções.
Parágrafo único. A execução coletiva far-se-á com base em certidão das decisões de liquidação, da qual constará a ocorrência, ou não, do trânsito em julgado.
Art. 25. Do pagamento - O pagamento das indenizações ou o levantamento do depósito será feito pessoalmente aos beneficiários.
Artigo 26. Competência para a execução - É competente para a execução o juízo:
I - da liquidação da sentença ou da ação condenatória, no caso de execução individual;
II - da ação condenatória, quando coletiva a execução.
Art 27. Liquidação e execução pelos danos globalmente causados - Decorrido o prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados do art. 3º promover a liquidação e execução coletiva da indenização devida pelos danos causados.
Parágrafo único. O valor da indenização será fixado de acordo com o dano globalmente causado, que será demonstrado por todas as provas admitidas em direito. Sendo a produção de provas difícil ou impossível, em razão da extensão do dano ou de sua complexidade, o valor da indenização será fixado por arbitramento.
Art 28. Concurso de créditos - Em caso de concurso de créditos decorrentes de condenação de que trata o art. 6º e de indenizações pelos prejuízos individuais resultantes do mesmo evento danoso, estas terão preferência no pagamento.
Parágrafo único. Para efeito do disposto neste artigo, a destinação da importância recolhida ao fundo ficará sustada enquanto pendentes de decisão de segundo grau as ações de indenização pelos danos individuais, salvo na hipótese de o patrimônio do devedor ser manifestamente suficiente para responder pela integralidade das dívidas.
§ 2º O produto da indenização reverterá para o fundo previsto no art. 6º.

Capítulo V
DA CONEXÃO, DA LITISPENDÊNCIA E DA COISAJULGADA
Art. 29. Conexão - Se houver conexão entre as causas coletivas, ficará prevento o juízo que conheceu da primeira ação, podendo ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar a reunião de todos os processos, mesmo que nestes não atuem integralmente os mesmos sujeitos processuais.
Art. 30. Litispendência - A primeira ação coletiva induz litispendência para as demais ações coletivas que tenham por objeto controvérsia sobre o mesmo bem jurídico, mesmo sendo diferentes o legitimado ativo e a causa de pedir.
Art. 31. Relação entre ação coletiva e ações individuais - A ação coletiva não induz litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada coletiva (art. 33) não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da ciência efetiva da ação coletiva.
Parágrafo único - Cabe ao demandado informar o juízo da ação individual sobre a existência de ação coletiva com o mesmo fundamento, sob pena de, não o fazendo, o autor individual beneficiar-se da coisa julgada coletiva mesmo no caso da demanda individual ser rejeitada.
Art. 32. Conversão de ações individuais em ação coletiva - O juiz, tendo conhecimento da existência de diversos processos individuais correndo contra o mesmo demandado, com o mesmo fundamento, notificará o Ministério Público e, na medida do possível, outros representantes adequados, a fim de que proponham, querendo, ação coletiva, ressalvada aos autores individuais a faculdade prevista no artigo anterior.
Art. 33. Coisa julgada - Nas ações coletivas de que trata este Código, a sentença fará coisa julgada erga omnes, 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.
§ 1 º Mesmo na hipótese de improcedência fundada nas provas produzidas, qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, no prazo de 2 (dois) anos contados da descoberta de prova nova, superveniente, que não poderia ser produzida no processo, desde que idônea, por si só, para mudar seu resultado.
§ 2º Tratando-se de interesses ou direitos individuais homogêneos, em caso de improcedência do pedido, os interessados poderão propor ação de indenização a título individual.
§ 3º Os efeitos da coisa julgada nas ações em defesa de interesses ou direitos difusos não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste Código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 22 a 24.
§ 4º. Aplica-se o disposto no parágrafo anterior à sentença penal condenatória.
§ 5º A competência territorial do órgão julgador não representará limitação para a coisa julgada erga omnes.
Art. 34. Relações jurídicas continuativas - Nas relações jurídicas continuativas, se sobrevier modificação no estado de fato ou de direito, a parte poderá pedir a revisão do que foi estatuído por sentença.

Capítulo VI
DA AÇÃO COLETIVA PASSIVA

Art. 35. Ações contra o grupo, categoria ou classe - Qualquer espécie de ação pode ser proposta contra uma coletividade organizada ou que tenha representante adequado, nos termos do § 2° do art. 2° deste Código, e desde que o bem jurídico a ser tutelado seja transindividual (art. 1º) e se revista de interesse social.

Art. 36. Coisa julgada passiva: interesses ou direitos difusos - Quando se tratar de interesses ou direitos difusos, a coisa julgada atuará erga omnes, vinculando os membros do grupo, categoria ou classe.

Art. 37. Coisa julgada passiva: interesses ou direitos individuais homogêneos - Quando se tratar de interesses ou direitos individuais homogêneos, a coisa julgada atuará erga omnes no plano coletivo, mas a sentença de procedência não vinculará os membros do grupo, categoria ou classe, que poderão mover ações próprias ou defender-se no processo de execução para afastar a eficácia da decisão na sua esfera jurídica individual.

Parágrafo único - Quando a ação coletiva passiva for promovida contra o sindicato, como substituto processual da categoria, a coisa julgada terá eficácia erga omnes, vinculando individualmente todos os membros, mesmo em caso de procedência do pedido.

Art. 38. Aplicação complementar às ações passivas – Aplica- se complementariamente às ações coletivas passivas o disposto neste Código quanto às ações coletivas ativas, no que não for incompatível.

Capítulo
VII DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 39. Princípios de interpretação - Este Código será interpretado de forma aberta e flexível, compatível com a tutela coletiva dos interesses e direitos de que trata.

Art. 40. Especialização dos magistrados - Sempre que possível, as ações coletivas serão processadas e julgadas por magistrados especializados.

Art. 41. Aplicação subsidiárias das normas processuais gerais e especiais Aplicam-se subsidiariamente, no que não forem incompatíveis, as disposições do Código de Processo Civil e legislação especial pertinente.

Agosto de 2004

[v]Anteprojeto de Código de Processo Civil Coletivo (Prof. Antonio Gidi)

Código de Processo Civil Coletivo.
Um modelo para países de direito escrito.

Antonio Gidi[*]

Notas para a redação de uma

I.EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS

O objetivo deste projeto é inspirar a redação do melhor Código de Processo Civil Coletivo possível, adaptado à realidade dos países de tradição derivada do direito continental europeu, tendo presente a experiência internacional acumulada com a prática das ações coletivas.[v]

O produto aqui oferecido representa a opção do autor entre as possíveis soluções dos vários problemas que se apresentam à tutela jurisdicional coletiva, cada qual com suas vantagens, desvantagens e possibilidades de abuso.

Muitas normas aqui sugeridas são meras repetições, adaptações ou aprimoramentos de normas existentes em outros ordenamentos. Outras, mais inovativas, são o fruto da nossa visão do processo coletivo como um todo, inspiradas no direito processual comparado, individual e coletivo, notadamente nos direitos brasileiro, americano, canadense, francês, italiano e escandinavo.

Uma das contribuições deste projeto é eliminar injustificadas diferenças procedimentais em ações coletivas. Tais diferenças existem no Brasil e nos Estados Unidos meramente por casualidades e equívocos históricos e esta é a oportunidade para corrigir tais deformações. Não há nada que justifique que a notificação nas ações coletivas indenizatórias americanas (*class actions for damages*) seja mais rigorosa do que nas demais ações coletivas ou que o regime da coisa julgada nas ações coletivas brasileiras seja diferente de acordo com o tipo de pretensão envolvida.

Algumas diferenças entre as ações coletivas, porém, são legítimas, em face das peculiaridades de cada tipo de pretensão. Por esse motivo, este Código contém Títulos especiais para a tutela dos direitos transindividuais (de que é titular

o grupo como um todo) e para a tutela dos direitos individuais (de que são titulares *os membros do grupo individualmente*). O valor da pretensão ou o tipo de controvérsia também podem ser um motivo legítimo para algumas diferenças procedimentais entre ações coletivas: os conflitos resultantes da responsabilidade civil em massa derivada de prejuízos causados por produtos químicos põem questões substancialmente diversas daqueles resultantes da responsabilidade civil em massa derivada de prejuízos causados por um único incidente, como o naufrágio de um navio. Conflitos resultantes da violação das normas antitruste ou de valores imobiliários também podem apresentar questões peculiares, que podem exigir respostas diversas. Este projeto não procura solucionar tais problemas, que devem ser analisados caso a caso.

Este projeto também não busca solucionar os problemas mais complexos que têm afetado as ações coletivas norte-americanas nas últimas décadas, como a responsabilidade civil em massa causada por produtos químicos, grupos futuros, pretensões envolvendo o direito de vários estados, custo, comportamento anti-ético e outros abusos. O objetivo deste projeto é mais modesto: introduzir um simples instrumento de tutela coletiva nos países de direito escrito que não dispõem de nenhum e aperfeiçoar as ações coletivas naqueles países que já as possuem. Este projeto não foi concebido para uma audiência norte-americana, muito embora os americanos possam encontrar, aqui e ali, inspiração para a reforma do direito nos Estados Unidos.

Em face da multiplicidade de ordenamentos e da diversidade do vocabulário jurídico empregado nos diversos países de direito escrito (*civil law*), a linguagem utilizada na redação dos dispositivos deste Código é deliberadamente atécnica: optou-se por valorizar a compreensão imediata do conteúdo da norma e a divulgação de idéias para a solução dos problemas levantados pela tutela coletiva dos direitos.

Este é um projeto de teor educativo. Procurou-se criar um sistema na medida do possível auto-explicativo, dispensando-se comentários para a compreensão básica de cada fase do procedimento. Espera-se que as respostas para as dúvidas que surgirão com a sua aplicação prática possam ser extraídas do próprio sistema processual coletivo.

II.TÍTULO I
DISPOSIÇÕES GERAIS

II.1.a) Artigo 1. Cabimento da ação coletiva

1. A ação coletiva é cabível em tutela de pretensões transindividuais de que seja titular um grupo de pessoas e de pretensões individuais de que sejam titulares os membros de um grupo de pessoas.

1.1 Em especial, a ação coletiva poderá ser proposta para tutelar:

1.1.1 Direitos difusos, assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular um grupo de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por relação jurídica comum ou por circunstâncias de fato;

1.1.2 Direitos individuais homogêneos, assim entendidos o conjunto de direitos subjetivos individuais ligados por uma origem comum de que sejam titulares os membros de um grupo de pessoas.

1.2 São admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada e efetiva tutela dos direitos do grupo e de seus membros. Em especial, a ação coletiva poderá ter por objeto pretensões declaratórias, constitutivas ou condenação em dinheiro ou no cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer.

1.3 A ação coletiva também é cabível em tutela de pretensões contra um grupo de pessoas, de acordo com o disposto no Título V.

II.1.b) Artigo 2. Legitimidade coletiva

2. São legitimados concorrentemente para a propositura da ação coletiva: (legitimados coletivos)

I – o Ministério Público;

II – a União, os Estados ou Províncias, os Municípios e o Distrito Federal;

III – as entidades e órgãos da administração pública, ainda que sem personalidade jurídica;

IV – as associações sem fins lucrativos, legalmente constituídas há pelo menos dois anos.

2.1 O grupo como um todo e seus membros são a parte no processo coletivo, representados em juízo pelo legitimado coletivo.

2.2 Sempre que possível, o grupo será representado em juízo por mais de um legitimado coletivo, de forma a promover uma representação adequada dos direitos do grupo e de seus membros. (Vide arts. 6, 9, IV e 10.2)

2.3 O Ministério Público, se não ajuizar a ação ou intervier no processo como parte, atuará como fiscal da lei.

2.4 As associações e as entidades e órgãos da administração pública somente poderão propor ações coletivas relacionadas com os seus fins institucionais (pertinência temática).

2.5 O juiz poderá dispensar o requisito da pré-constituição e da pertinência temática ou atribuir legitimidade coletiva a membros do grupo, quando não houver legitimado coletivo adequado interessado em representar os interesses do grupo em juízo.

2.6 A associação representará em juízo os direitos e interesses do grupo e dos membros do grupo e não os de seus associados.

2.7 O advogado do grupo representará em juízo os direitos e interesses do grupo e dos membros do grupo e não os do representante que o contratou.

II.1.c) Artigo 3. Requisistos da ação coletiva

3. A ação somente poderá ser conduzida na forma coletiva se:

I – houver questões comuns de fato ou de direito, a permitir o julgamento uniforme da lide coletiva;

II – o legitimado coletivo e o advogado do grupo puderem representar adequadamente os direitos do grupo e de seus membros; (Vide art. 18,I)

III – a ação coletiva não for uma técnica manifestamente inferior a outras técnicas de tutela viáveis na prática.

3.1 Na análise da adequação da representação, o juiz analisará em relação ao representante e ao advogado, entre outros fatores:

3.1.1 a competência, honestidade, capacidade, prestígio e experiência;

3.1.2 o histórico na proteção judicial e extra-judicial dos interesses do grupo;

3.1.3 a conduta e participação no processo coletivo e em outros processos anteriores;

3.1.4 a capacidade financeira para prosseguir na ação coletiva;

3.1.5 o tempo de instituição e o grau de representatividade perante o grupo.

3.2 Em caso de desistência infundada, abandono da ação coletiva ou inadequação do representante, o juiz notificará amplamente o grupo e outro legitimado poderá assumir a titularidade ativa. (Vide arts. 5 e 6) Na ausência de legitimado adequado interessado em assumir a titularidade ativa da ação coletiva, o juiz extinguirá o processo coletivo sem julgamento do mérito.

3.3 Quando o grupo for demasiadamente reduzido, seus membros forem facilmente identificáveis e a controvérsia puder, na prática, prosseguir na forma individual, o juiz negará o prosseguimento da ação na forma coletiva mas permitirá que os membros do grupo intervenham no processo e assumam a titularidade da lide individual em litisconsórcio.

TÍTULO II
III.PROCEDIMENTO COLETIVO

III.1.a) Artigo 4. Competência territorial

4. Em caso de Estado Federado, as ações coletivas serão propostas:

I – no foro do local onde ocorreu ou teria ocorrido o dano, quando de âmbito local;

II – no foro da Capital do Estado, na Justiça Federal, para os danos de âmbito estadual ou regional;

III – no foro do Distrito Federal, na Justiça Federal, para os danos de âmbito nacional.

III.1.b) Artigo 5. Notificação adequada

5. Na fase inicial do processo coletivo, o juiz promoverá, com o auxílio das partes, a melhor notificação possível para o grupo e seus membros, em face das circunstâncias do caso concreto. (Vide arts. 3.2, 14.6 e 16.1)

5.1 A notificação deverá ser econômica, eficiente e abrangente, direcionada a atingir o maior número possível de legitimados coletivos (vide art. 2) e membros do grupo. O Ministério Público, o Fundo dos Direitos de Grupo, as entidades e órgãos públicos relevantes, as associações nacionais e regionais mais representativas e uma pequena amostra dos membros do grupo facilmente identificáveis serão sempre notificados. (Vide arts. 5.10, 14.9 e 24.3)

5.2 O juiz utilizará todas as técnicas disponíveis para uma adequada notificação ao grupo, inclusive anúncios na imprensa e na Internet, em instrumentos de circulação compatível com a dimensão e o tipo do grupo.

5.3 A notificação e a identificação dos membros do grupo e entidades relevantes é de responsabilidade de ambas as partes e do juízo mas, em princípio, será custeada pelo representante do grupo. (Vide art. 5.12) Quando a identificação ou a notificação for difícil e custosa para o representante e não para a parte contrária ao grupo, o juiz atribuirá tal função à parte contrária, que poderá ter o direito de ser ressarcida das suas despesas pelo representante do grupo. (Vide art. 5.13)

5.4 A notificação será transmitida em linguagem simples, clara e acessível em face das circunstâncias e deverá incluir, entre outras informações:

5.4.1 a definição do grupo;

5.4.2 a identificação do réu;

5.4.3 a identificação e a informação para contato do representante e do advogado do grupo;

5.4.4 a descrição da controvérsia coletiva, com um resumo dos fatos;

5.4.5 a pretensão coletiva e o objeto do processo;

5.4.6 as consequências do processo coletivo para o grupo e seus membros;

5.4.7 o caráter vinculante da sentença coletiva e a possibilidade e o prazo para propositura de ação individual, se o membro tiver interesse em se excluir do grupo (Vide art. 20.1);

5.4.8 cópia da petição inicial, da contestação e de documentos relevantes, selecionados pelo juiz com o auxílio das partes;

5.4.9 instruções sobre como obter mais informações sobre o processo coletivo;

5.4.10 qualquer outra informação relevante no caso concreto.

5.5 A notificação será enviada em nome do juízo.

5.6 O texto da notificação será redigido de forma neutra e imparcial. O juiz poderá atribuir tal função ao representante do grupo, sob fiscalização do réu e controle do juiz.

5.7 O juiz poderá reduzir ou dispensar a notificação individual dos membros do grupo, se ela for desproporcionalmente custosa ou se a propositura da ação coletiva tiver obtido notoriedade adequada.

5.8 O representante do grupo deverá manter os membros do grupo constantemente informados sobre os aspectos importantes do desenvolvimento da ação coletiva, sob pena de ser considerado inadequado. O juiz poderá promover a notificação formal de qualquer evento do processo, se estiver insatisfeito com a notificação periódica promovida pelo representante.

5.9 Os legitimados coletivos mais significativos a critério do juiz deverão e os que assim solicitarem poderão receber notificação dos atos importantes realizados no processo.

5.10 O juiz não promoverá a notificação, se a ação coletiva for manifestamente incabível ou infundada.

5.11 Para evitar prejuízo ao réu ou para poder dar uma informação mais completa ao grupo, o juiz poderá adiar a notificação ampla até ter convicção do cabimento e da boa-fé da ação coletiva, limitando a notificação, em um primeiro momento, aos legitimados coletivos mais significativos. (vide art. 14.9)

5.12 O juiz poderá ordenar que as despesas com a notificação ampla e identificação dos membros do grupo sejam total ou parcialmente suportadas pelo réu, se houver probabilidade de sucesso da pretensão coletiva. (Vide art. 5.13)

5.13 Se a parte contrária ao grupo envia correspondência aos membros do grupo ou mantém a publicação de periódicos ou brochuras ou um sítio na Internet, o juiz poderá ordenar a notificação através desse método, se houver probabilidade de sucesso da pretensão coletiva, de forma a notificar adequadamente o grupo sem aumentar substancial e desnecessariamente as despesas. (Vide arts. 5.3 e 5.12)

5.14 O juiz poderá ordenar a criação de um sítio na Internet, contendo informações importantes sobre o processo coletivo e sobre os fatos que levaram à sua propositura, com cópias da notificação, da petição inicial, da contestação e das principais peças, documentos e decisões do juiz. O sítio deverá ser atualizado frequentemente com o objetivo de informar os membros do grupo sobre o andamento do processo e poderá conter mensagens importantes para o grupo e seus membros, tais como a solicitação de informações ou provas e a divulgação de uma eventual proposta de acordo. O endereço eletrônico do sítio será amplamente divulgado. O juiz poderá ordenar que seja inserida uma conexão para referido sítio no sítio do representante do grupo, do interveniente e da parte contrária ao grupo.

III.1.c) **Artigo 6. Intervenção coletiva** (Vide arts. 2.2, 3.2, 10.2, 19 e 28.4)

6. Qualquer legitimado coletivo (vide art. 2) poderá intervir no processo coletivo em qualquer tempo e grau de jurisdição para demonstrar a inadequação do representante ou auxiliá-lo na tutela dos direitos do grupo. (Vide art. 24.3)

6.1 O legitimado coletivo também poderá intervir no processo coletivo como assistente da parte contrária ao grupo.

6.2 Os membros do grupo poderão participar do processo coletivo como informantes, trazendo provas, informações e argumentos novos.

6.3 O interveniente será ressarcido das despesas e honorários, na medida proporcional à sua participação e contribuição. (Vide art. 21)

III.1.d) **Artigo 7. Objeto do processo coletivo**

7. O objeto do processo coletivo será o mais abrangente possível, abrangendo toda a controvérsia coletiva entre o grupo e a parte contrária, independentemente de pedido, incluindo tanto as pretensões transindividuais de que seja titular o grupo como as pretensões individuais de que sejam titulares os membros do grupo. (Vide arts. 9, II, 10.3 e 16)

III.1.e) Artigo 8. Interrupção da prescrição

8. A propositura da ação coletiva interromperá o prazo prescricional das pretensões individuais e transindividuais relacionadas com a controvérsia coletiva.

8.1 O prazo prescricional recomeçará a correr a partir da notificação ao grupo da decisão transitada em julgado. (Vide art. 16.1)

III.1.f) Artigo 9. Saneamento

9. Encerrada a fase postulatória, e ouvidos as partes e intervenientes, o juiz, em decisão fundamentada:

I – decidirá se a ação tem condições de prosseguir na forma coletiva;

II – demarcará o objeto do processo coletivo da forma mais abrangente possível, independentemente de provocação; (Vide arts. 7 e 16)

III – descreverá, com a precisão possível e necessária, os contornos do grupo titular da pretensão coletiva;

IV – selecionará o representante mais adequado para representar os interesses do grupo em juízo. (Vide art. 2.2)

III.1.g) Artigo 10. Poderes do juiz

10. O juiz é neutro e imparcial, mas tem o dever de zelar pelo respeito aos direitos, interesses e garantias materiais e processuais do grupo e de seus membros.

10.1 O juiz manterá controle direto sobre o processo coletivo e tomará as medidas adequadas ao seu célere, justo e eficiente andamento.

10.2 Os representantes e intervenientes participarão do processo e apresentarão documentos, argumentos e requerimentos em conjunto, de forma a evitar repetições e contradições. O juiz somente admitirá peças processuais, documentos e provas produzidas em separado, na medida em que não sejam repetitivos. (Vide arts. 2.2 e 6)

10.3 O juiz poderá separar os pedidos ou as causas de pedir em ações coletivas distintas, se a separação representar economia processual ou facilitar a condução do processo coletivo. (Vide art. 7)

10.4 O juiz poderá dividir o grupo em subgrupos com direitos ou interesses semelhantes para melhor decisão e condução do processo coletivo. Se houver conflitos ou divergências substanciais de interesses entre os membros do grupo, o juiz poderá nomear um representante e um advogado para cada subgrupo.

10.5 O juiz poderá limitar o objeto da ação coletiva à parte da controvérsia que possa ser julgada na forma coletiva, deixando as questões que não são comuns ao grupo para serem decididas em ações individuais ou em uma fase posterior do próprio processo coletivo. Em decisão fundamentada, o juiz informará as questões que farão parte do processo coletivo e as que serão deixadas para ações individuais ou para a fase posterior do processo coletivo.

10.6 As decisões do juiz poderão ser modificadas a qualquer tempo durante o processo, desde que não represente prejuízo injustificado para as partes e o contraditório seja preservado.

10.7 O juiz poderá aumentar os prazos do processo, quando houver um grande número de representantes ou intervenientes ou quando as questões de fato ou de direito forem complexas.

III.1.h) Artigo 11. Ônus da prova

11. Quando o descobrimento da verdade dos fatos depender de conhecimentos técnicos ou de informações que apenas uma das partes dispõe ou deveria dispor, a ela caberá o ônus da prova, se as alegações da parte contrária forem verossímeis.

Artigo 12. Custo da prova

12. Quando a produção da prova for extremamente difícil e custosa para uma das partes e não para outra, o juiz atribuirá a sua produção à parte contrária, que terá o direito de ser ressarcida das suas despesas.

III.1.i) Artigo 13. Prova estatística

13. O uso de prova estatística ou por amostragem é permitido como complemento à prova direta ou quando a prova direta for custosa ou de difícil ou impossível produção.

III.1.j) Artigo 14. Acordo Adequado

14. O representante do grupo poderá entrar em acordo com a parte contrária ao grupo. Se os termos do acordo forem adequados para tutelar os direitos e interesses do grupo e de seus membros, o juiz o homologará através de sentença motivada e o acordo vinculará a todos. (Vide arts. 18 e 20.1)

14.1 O acordo deverá tutelar os interesses do grupo como um todo e poderá incluir aspectos alheios ao objeto do processo. Do acordo constará multa diária à parte que não cumprir os seus termos. (Vide art. 15.2)

14.2 Se o acordo for parcial, a ação coletiva prosseguirá em relação ao restante da controvérsia coletiva. (Vide art. 17)

14.3 O Ministério Público e os intervenientes têm o direito de participar em todas as fases da negociação do acordo coletivo.

14.4 Excepcionalmente, o acordo poderá estabelecer que o réu indenizará os membros do grupo através de descontos na compra futura de peças ou produtos de sua fabricação. Os cupons de desconto devem ser tanto quanto possível incondicionais. Limitações de qualquer espécie devem ser fundamentadas e podem comprometer a adequação da proposta de acordo. Sempre que possível, deverá ser concedido aos membros do grupo a opção pelo recebimento de um valor mais reduzido em dinheiro. A vantagem do grupo, para efeito do cálculo dos honorários advocatícios será calculada com base no valor em dinheiro à vista do acordo e não em face da soma do valor nominal dos cupons. (Vide art. 21.4)

14.5 As partes encaminharão ao juiz uma proposta de acordo. O requerimento de aprovação da proposta de acordo deverá descrevê-lo de forma neutra e completa, alertando o juízo para os pontos fortes e fracos da proposta, inclusive eventuais prejuízos para o grupo e os motivos pelos quais o acordo deverá ser considerado adequado não obstante tais imperfeições. A inadequação do acordo ou do representante poderá ser ocasionada por graves omissões no requerimento de aprovação.

14.6 Se o juiz considerar a proposta de acordo satisfatória, notificará amplamente o grupo e seus membros sobre os seus termos e promoverá uma audiência pública de aprovação, onde o juiz ouvirá os interessados. (Vide art. 5)

14.7 Da notificação da proposta de acordo deverá constar, entre outras informações: (Vide art. 5.4)

14.7.1 uma descrição neutra e imparcial da proposta de acordo, com informações sobre os argumentos favoráveis e contrários;

14.7.2 o procedimento e um prazo razoável para impugnação da proposta;

14.7.3 a data e o local da audiência pública de avaliação da proposta;

14.7.4 o valor líquido ou vantagem a ser recebida por cada membro do grupo;

14.7.5 instruções sobre como obter mais informações sobre o acordo e o processo;

14.7.6 qualquer outra informação relevante no caso concreto.

14.8 Qualquer interessado poderá apresentar, independentemente de advogado, as razões contra ou a favor da proposta de acordo. O juiz poderá atribuir a um dos interessados ou a pessoa de sua confiança a apresentação de uma peça única, com o resumo de todos os argumentos levantados.

14.9 Antes de promover a notificação ampla ao grupo, o juiz poderá promover uma notificação limitada aos legitimados coletivos (vide art. 2) mais significativos e aos intervenientes que participaram mais ativamente no processo coletivo, convidando-os a se manifestarem sobre a proposta de acordo. (Vide arts. 5.1 e 5.11)

14.10 O juiz avaliará cuidadosamente a proposta de acordo, levando em consideração fatores como:

14.10.1 os argumentos favoráveis e contrários à proposta de acordo;

14.10.2 as questões de fato e de direito envolvidas no litígio;

14.10.3 a probabilidade de procedência ou improcedência da pretensão coletiva;

14.10.4 os riscos envolvidos no litígio;

14.10.5 a complexidade, o custo e a duração do processo coletivo;

14.10.6 a suficiência das provas disponíveis e da fundamentação jurídica da pretensão do grupo no momento da realização do acordo e a possibilidade de que outras informações ou provas venham a ser descobertas durante o desenrolar do processo;

14.10.7 a comparação entre uma eventual sentença de procedência da pretensão coletiva e a proposta de acordo.

Artigo 15. Obrigação de fazer ou não fazer

15. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, de caráter individual ou transindividual, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará as providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

15.1 A obrigação somente se converterá em perdas e danos, se por elas optar o grupo ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

15.2 O juiz poderá impor multa diária ao réu, de caráter cominatório, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito. O juiz modificará o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva. A multa é instrumento independente da indenização por perdas e danos e da punição por desobediência de ordem judicial. (Vide art. 14.1)

15.3 Para a tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, o juiz poderá determinar as medidas necessárias para o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade proibida.

III.1.k) **Artigo 16. Sentença coletiva**

16. A sentença coletiva julgará a controvérsia coletiva da forma mais ampla possível, decidindo sobre as pretensões individuais e transindividuais, declaratórias, constitutivas e condenatórias, independentemente de pedido, desde que não represente prejuízo injustificado para as partes e o contraditório seja preservado. (Vide arts. 7 e 9,II)

16.1 A sentença coletiva será ampla e adequadamente notificada ao grupo e seus membros, de acordo com o disposto no art. 5. (Vide art. 8.1)

Artigo 17. Sentença coletiva parcial (Vide art. 14.2)

17. O juiz poderá decidir parte do pedido coletivo, proferindo sentença parcial, quando quanto a essa parte não houver necessidade de produção de prova ou quando a prova já produzida nos autos for suficiente.

17.1 A sentença parcial poderá ser recorrida e executada nos mesmos termos que a sentença final.

17.2 A ação coletiva prosseguirá em relação ao restante da controvérsia coletiva.

III.1.l) Artigo 18. Coisa julgada coletiva

18. A coisa julgada coletiva vinculará o grupo e seus membros independentemente do resultado da demanda, exceto se a improcedência for causada por:

I – representação inadequada dos direitos e interesses do grupo e de seus membros; (Vide art. 3, II)

II – insuficiência de provas.

18.1 Se a ação coletiva for julgada improcedente por insuficiência de provas, qualquer legitimado coletivo (vide art. 2) poderá propor a mesma ação coletiva, valendo-se de nova prova que poderia levar a um diferente resultado.

18.2 Os vícios de que trata este artigo serão conhecidos tanto pelo juiz da causa como pelo juiz da ação individual ou coletiva posteriormente proposta.

18.3 Na ação individual proposta por um membro do grupo vinculado pela coisa julgada coletiva somente poderão ser discutidas questões não acobertadas pela coisa julgada coletiva e questões de natureza individual. (Vide art. 20.1)

Artigo 19. Litispendência

19. A primeira ação coletiva proposta induz litispendência para as demais ações coletivas relacionadas à mesma controvérsia coletiva. As ações coletivas posteriores serão extintas, mas os seus autores poderão intervir na primeira ação coletiva. (Vide art. 6)

19.1 O réu deverá informar ao juiz e ao representante do grupo sobre a propositura de outra ação coletiva relacionada à mesma controvérsia coletiva.

Artigo 20. A ação coletiva e as correspondentes ações individuais

20. A ação coletiva não induz litispendência para as correspondentes ações individuais relacionadas à mesma controvérsia coletiva. As ações individuais não serão extintas.

20.1 O membro do grupo que propuser ação individual até a data da publicação da sentença ou da homologação do acordo coletivo será excluído do grupo e não será vinculado em sua esfera individual pela coisa julgada coletiva. (Vide art. 18.3)

20.2 O réu identificará ao juiz da ação coletiva e ao representante do grupo as ações individuais relacionadas à mesma controvérsia, à medida em que sejam propostas.

20.3 Se o membro do grupo autor da ação individual for notificado da existência de uma correspondente ação coletiva, poderá requerer a suspensão do seu processo individual no prazo de 60 dias, se quiser se vincular à coisa julgada coletiva.

20.4 Se a ação coletiva for extinta com julgamento do mérito, o membro do grupo que requereu a suspensão do seu processo individual será vinculado pela coisa julgada coletiva e, se for o caso, a ação individual será extinta. (Vide art. 18.3)

20.5 Se a ação coletiva for extinta sem julgamento do mérito ou se não houver formação da coisa julgada coletiva (vide art. 18), a ação individual que estava suspensa poderá prosseguir.

20.6 Na ausência da notificação a que se refere o art. 20.3, o autor da ação individual será beneficiado mas não poderá ser prejudicado pela coisa julgada coletiva.

20.7 Antes da publicação da sentença coletiva ou da homologação do acordo coletivo, o autor da ação individual que requereu a suspensão do seu processo individual nos termos do art. 20.3 poderá se desligar da ação coletiva e requerer o prosseguimento da sua ação individual.

III.1.m) Artigo 21. Despesas e honorários

21. Nas ações coletivas ativas, não haverá adiantamento de custas e quaisquer outras despesas por parte do grupo.

21.1 A sentença, independentemente de requerimento, condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que efetuou e os honorários advocatícios.

21.2 Nas ações coletivas ativas julgadas improcedentes, o representante do grupo e os intervenientes não serão condenados a pagar honorários de advogado, custas e despesas processuais do vencedor, salvo se a ação coletiva for proposta ou mantida de má-fé, caso em que o representante do grupo, os intervenientes e as pessoas diretamente envolvidas serão solidariamente condenados a pagar honorários advocatícios e até o décuplo das custas e despesas, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos.

21.3 O pagamento dos honorários do advogado do grupo poderá ser condicional ao resultado obtido na ação coletiva, mas o advogado não poderá financiar o litígio. (Vide art. 24.1)

21.4 No cálculo dos honorários, o juiz levará em consideração, entre outros fatores, a vantagem obtida para o grupo, a quantidade e a qualidade do trabalho realizado pelo advogado e a complexidade da causa.

21.5 Como incentivo à propositura de ações coletivas e ao ativo controle do processo pelos legitimados coletivos (vide art. 2), o juiz poderá atribuir uma gratificação financeira ao representante e ao interveniente cuja atuação foi relevante na tutela dos direitos, interesses e garantias do grupo e de seus membros. Esse valor poderá ser retirado da indenização devida ou pago pelo réu. Em sua avaliação, o juiz levará em consideração a participação do legitimado na descoberta do ilícito e na resolução do conflito, a sua adequada atuação, entre outros fatores que demonstrem a utilidade da sua participação e a sua conduta exemplar.

21.6 O juiz poderá reter parte do pagamento dos honorários do advogado ou da gratificação do legitimado coletivo até a satisfação total da pretensão coletiva.

III.1.n) Artigo 22. Precedência da ação coletiva

22. O juiz poderá dar prioridade ao processamento de uma ação coletiva, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

III.1.o) Artigo 23. Ação rescisória coletiva

23. A sentença coletiva de mérito com força de coisa julgada (vide art. 18) poderá ser rescindida através de ação autônoma proposta por um dos legitimados coletivos (vide art. 2) quando:

I – devido à dimensão, natureza ou característica do ilícito ou do dano, não foi possível, no momento da decisão ou do acordo, uma análise da sua adequação ou das suas consequências;

II – devido à complexidade das questões, não foi possível uma análise adequada do material probatório produzido ou dos argumentos jurídicos suscitados na ação coletiva;

III – a decisão ou o acordo, nas relações continuativas, mostrarem-se manifestamente inadequadas com o passar do tempo.

IV – occorrer uma das hipóteses previstas na lei processual individual.

IV.TÍTULO III
TUTELA COLETIVA DAS PRETENSÕES INDENIZATÓRIAS
TRANSINDIVIDUAIS DO GRUPO

IV.1.a) Artigo 24. Fundo dos Direitos de Grupo

24. Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado ao grupo reverterá ao Fundo dos Direitos de Grupo, gerido por uma comissão formada por membros do Ministério Público, juízes e representantes da comunidade. (Vide art. 27)

24.1 Os recursos do Fundo serão destinados à reconstituição ou reparação dos danos causados ao grupo. Caso a reconstituição ou reparação não seja possível, os recursos deverão ser utilizados de forma discricionária, criativa e flexível relacionada com a natureza da infração ou do dano causado, inclusive através do financiamento e da fiscalização de outras ações coletivas e de projetos científicos, de pesquisa, informativos e educacionais. (Vide arts. 5 e 21.3)

24.2 O Poder Executivo constituirá a comissão gestora do Fundo dos Direitos de Grupo no prazo de 90 dias a partir da entrada em vigor deste Código. Enquanto a comissão não estiver devidamente constituída, o dinheiro ficará depositado em conta bancária com correção monetária.

24.3 O Fundo dos Direitos de Grupo será notificado sobre a propositura de toda ação coletiva e sobre as decisões mais importantes em tais processos e poderá intervir em processos coletivos em qualquer tempo e grau de jurisdição para demonstrar a inadequação do representante ou auxiliá-lo na tutela dos direitos do grupo. (Vide arts. 5.1 e 6)

TÍTULO IV
V.TUTELA COLETIVA DAS PRETENSÕES INDENIZATÓRIAS
VI.INDIVIDUAIS DOS MEMBROS DO GRUPO

VI.1.a) Artigo 25. Cálculo dos danos individuais

25. Sempre que possível, o juiz calculará o valor da indenização individual devida a cada membro do grupo na própria ação coletiva e a execução da sentença coletiva será feita na forma coletiva.

25.1 Quando o valor dos danos individuais sofridos pelos membros do grupo for uniforme, prevalentemente uniforme ou puder ser reduzido a uma fórmula matemática, a sentença coletiva indicará o valor ou a fórmula de cálculo da indenização individual.

25.2 O membro do grupo que considerar que o valor da sua indenização individual ou a fórmula para seu cálculo é diverso do estabelecido na sentença coletiva, poderá propor ação individual de liquidação.

25.3 Se o juiz da ação coletiva não puder calcular o valor dos danos individualmente sofridos pelos membros do grupo, a condenação coletiva será genérica, fixando a responsabilidade civil do réu pelos danos causados e o dever de indenizar, deferindo a liquidação dos danos individuais a processo individual promovido por cada membro do grupo. (Vide art. 26) Os membros do grupo terão o prazo de dois anos, a contar da notificação da decisão transitada em julgado, para iniciar suas ações individuais de liquidação e execução contra o réu. (Vide art. 27)

VI.1.b) Artigo 26. Distribuição do dinheiro

26. Em caso de condenação de pagar indenização individual aos membros do grupo, o dinheiro da condenação deverá ser distribuído de forma rápida, econômica e eficiente.

26.1 Após o trânsito em julgado da decisão, o réu deverá indenizar os membros do grupo voluntariamente, independentemente de instauração de processo de liquidação ou execução, mediante produção suficiente de provas por parte dos membros do grupo que se habilitarem.

26.2 O juiz da ação coletiva poderá nomear uma ou mais comissões de árbitros que avaliarão os casos duvidosos, com recurso para o juiz da ação coletiva. As comissões serão formadas por uma a três pessoas, preferencialmente compostas por juízes, advogados, estudantes direito ou outras pessoas responsáveis, de indicação do juiz e sugestão das partes. As controvérsias individuais também poderão ser remetidas para os tribunais de pequenas causas ou outro tribunal competente.

26.3 O juiz indicará a remuneração devida aos árbitros, que será de responsabilidade do réu. A remuneração não poderá ser calculada proporcionalmente ao valor das decisões da comissão, mas será uma função do número e da complexidade dos processos que decidir.

26.4 As decisões dos árbitros não são vinculantes, mas se o réu se recusar a cumprir voluntariamente pretensão individual manifestamente procedente, o juiz poderá condená-lo a pagar até cem vezes valor sugerido pela comissão, além das despesas e honorários advocatícios. Na análise do valor da multa, o juiz deverá levar em consideração, entre outros fatores:

26.4.1 os motivos para o não cumprimento;
26.4.2 o grau de certeza da pretensão do membro do grupo;
26.4.3 o grau de reincidência do réu;
26.4.4 a necessidade de coibir o réu;

26.4.5 a boa fé das partes durante o processo arbitral;

26.4.6 a disponibilidade financeira do réu.

Artigo 27. Indenização individual global e Fundo dos Direitos de Grupo

27. O juiz fixará o valor global dos danos individualmente causados aos membros do grupo e o reverterá para o Fundo dos Direitos de Grupo, se um número de membros incompatível com a dimensão do grupo for ressarcido ou propuser ação de liquidação ou execução individual no prazo previsto no art. 25.3. (Vide art. 24)

27.1 O valor do dano globalmente causado aos membros do grupo poderá ser apurado imediatamente, mas somente poderá ser executado após o decurso do prazo previsto no art. 25.3.

27.2 O juiz poderá reverter parte do valor da condenação total para o Fundo antes do prazo previsto no art. 25.3, se houver improbabilidade prática de propositura de ações individuais devido, por exemplo, à dificuldade da prova, ao reduzido valor das pretensões individuais, ou à insolvência do réu.

TÍTULO V
AÇÕES COLETIVAS PASSIVAS

VI.1.c) Artigo 28. Ações coletivas passivas

28. A ação coletiva poderá ser proposta contra os membros de um grupo de pessoas, representados por associação que os congregue.

28.1 A associação representará o grupo como um todo e os membros do grupo. O membro do grupo será vinculado pela sentença coletiva independentemente do resultado da demanda, ainda que não seja membro da associação que o representou em juízo. (Vide arts. 2.1, 2.6 e 18)

28.2 Se não houver associação que congregue os membros do grupo-réu, a ação coletiva passiva poderá ser proposta contra um ou alguns de seus membros, que funcionarão como representantes do grupo. (Vide art. 2.2)

28.3 Os membros do grupo poderão criar uma associação com a finalidade específica de representá-los em juízo na ação coletiva passiva.

28.4 Os membros do grupo poderão intervir no processo coletivo passivo. (Vide art. 6)

28.5 O representante terá o direito de ser ressarcido pelos membros do grupo das despesas efetuadas com o processo coletivo, na proporção do interesse de cada membro.

Artigo 29. Processo civil coletivo ativo supletório

29. Aplicam-se complementarmente às ações coletivas passivas o disposto neste Código quanto às ações coletivas ativas, no que não for incompatível.

29.1 Sempre que possível e necessário, as normas referentes às ações coletivas ativas deverão ser interpretadas com flexibilidade e adaptadas às necessidades e peculiaridades das ações coletivas passivas.

TÍTULO VI
VII.PRINCÍPIOS DE INTERPRETAÇÃO

ARTIGO 30. INTERPRETAÇÃO FLEXÍVEL

30. Este Código será interpretado de forma criativa, aberta e flexível, evitando-se aplicações extremamente técnicas, incompatíveis com a tutela coletiva dos direitos transindividuais e individuais.

30.1 O juiz adaptará as normas processuais às necessidades e peculiaridades da controvérsia e do grupo, levando em consideração fatores como o valor e o tipo da pretensão.

I.1.a) Artigo 31. Processo civil coletivo supletório

31. O disposto neste código se aplica, no que for cabível, a todas as ações coletivas.

I.1.b) Artigo 32. Processo civil individual supletório

32. Aplicam-se complementarmente ao processo coletivo as normas, princípios e garantias processuais civis individuais no que não conflitar com o espírito do processo coletivo.

32.1 Sempre que possível e necessário, as normas, princípios e garantias incompatíveis com o espírito do processo coletivo devem ser adaptadas às necessidades e peculiaridades da tutela coletiva.

II.TÍTULO VII
III.DISPOSIÇÕES FINAIS

III.1.a) Artigo 33. Entrada em vigor

33. Este Código entrará em vigor na data da sua publicação, sendo aplicado imediatamente aos processos coletivos pendentes.

[vi] ANTEPROJETO DE CÓDIGO BRASILEIRO DE PROCESSOS COLETIVOS

Janeiro de 2.007
Ministério da Justiça – Última versão
Incorporando sugestões da Casa Civil, Secretaria de Assuntos Legislativos, PGFN e dos Ministérios Públicos de Minas Gerais, Paraná, Rio Grande do Sul e São Paulo

EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS

1 – A Lei n. 7.347/85 – a denominada lei da ação civil pública - acaba de completar 20 anos. Há muito com o que se regozijar, mas também resta muito a fazer. Não há dúvidas de que a lei revolucionou o direito processual brasileiro, colocando o país numa posição de vanguarda entre os países de *civil law* e ninguém desconhece os excelentes serviços prestados à comunidade na linha evolutiva de um processo individualista para um processo social. Muitos são seus méritos, ampliados e coordenados pelo sucessivo Código de Defesa do Consumidor, de 1990. Mas antes mesmo da entrada em vigor do CDC, e depois de sua promulgação, diversas leis regularam a ação civil pública, em dispositivos esparsos e às vezes colidentes. Podem-se, assim, citar os artigos 3º, 4º, 5º, 6º e 7º da Lei n. 7.853, de 24 de outubro de 1989; o artigo 3º da Lei n. 7.913, de 7 de dezembro de 1989; os artigos 210, 211, 212, 213, 215, 217, 218, 219, 222, 223 e 224 da Lei n. 8.069, de 13 de junho de 1990; o artigo 17 da Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992; o artigo 2º da Lei n. 9.494, de 10 de setembro de 1997; e os artigos 80, 81, 82, 83, 85, 91, 92 e 93 da Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003.

Outras dificuldades têm sido notadas pela concomitante aplicação à tutela de direitos ou interesses difusos e coletivos da Ação Civil Pública e da Ação Popular constitucional, acarretando problemas práticos quanto à conexão, à continência e à prevenção, assim como reguladas pelo CPC, o qual certamente não tinha e não tem em vista o tratamento das relações entre processos coletivos. E mesmo entre diversas ações civis públicas, concomitantes ou sucessivas, têm surgido problemas que geraram a multiplicidade de liminares, em sentido oposto, provocando um verdadeiro caos processual que foi necessário resolver mediante a suscitação de conflitos de competência perante o STJ. O que indica, também, a necessidade de regular de modo diverso a questão da competência concorrente. Seguro indício dos problemas suscitados pela competência concorrente é a proposta de Emenda Constitucional que atribui ao STJ a escolha do juízo competente para processar e julgar a demanda coletiva.

Assim, não se pode desconhecer que 20 anos de aplicação da LACP, com os aperfeiçoamentos trazidos pelo Código de Defesa do Consumidor, têm posto à mostra não apenas seus méritos, mas também suas falhas e insuficiências, gerando reações, quer do legislativo, quer do executivo, quer do judiciário, que objetivam limitar seu âmbito de aplicação. No campo do governo e do Poder Legislativo, vale lembrar, por exemplo, medidas provisórias e leis que tentaram limitar os efeitos da sentença ao âmbito territorial do juiz, que restringiram a utilização de ações civis públicas contra a Fazenda Pública e por parte das associações – as quais, aliás, necessitam de estímulos para realmente ocuparem o lugar de legitimados ativos que lhes compete. E, no campo jurisdicional, podemos lembrar as posições contrárias à legitimação das defensorias públicas, ao controle difuso da constitucionalidade na ação civil pública, à extração de carta de sentença para execução provisória por parte do beneficiário que não foi parte da fase de conhecimento do processo coletivo, assim como, de um modo geral, a interpretação rígida das normas do processo, sem a necessária flexibilização da técnica processual.

E ainda: a aplicação prática das normas brasileiras sobre processos coletivos (ação civil pública, ação popular, mandado de segurança coletivo) tem apontado para dificuldades práticas decorrentes da atual legislação: assim, por exemplo, dúvidas surgem quanto à natureza da competência territorial (absoluta ou relativa), sobre a litispendência (quando é diverso o legitimado ativo), a conexão (que, rigidamente interpretada, leva à proliferação de ações coletivas e à multiplicação de decisões contraditórias), à possibilidade de se repetir a demanda em face de prova superveniente e a de se intentar ação em que o grupo, categoria ou classe figure no pólo passivo da demanda.

Por outro lado, a evolução doutrinária brasileira a respeito dos processos coletivos autoriza a elaboração de um verdadeiro Direito Processual Coletivo, como ramo do direito processual civil, que tem seus próprios princípios e institutos fundamentais, diversos dos do Direito Processual Individual. Os institutos da legitimação, competência, poderes e deveres do juiz e do Ministério Público, conexão, litispendência, liquidação e execução da sentença, coisa julgada, entre outros, têm feição própria nas ações coletivas que, por isso mesmo, se enquadram numa Teoria Geral dos Processos Coletivos. Diversas obras, no Brasil, já tratam do assunto. E o país, pioneiro no tratamento dos interesses e direitos transindividuais e dos individuais homogêneos, por intermédio da LACP e do CDC, tem plena capacidade para elaborar um verdadeiro Código de Processos Coletivos, que mais uma vez o colocará numa posição de vanguarda, revisitando os princípios processuais e a técnica processual por intermédio de normas mais abertas e flexíveis, que propiciem a efetividade do processo coletivo.

2 – Acresça-se a tudo isto a elaboração do Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, aprovado nas Jornadas do Instituto Ibero-americano de Direito Processual, na Venezuela, em outubro de 2004. Ou seja, de um Código que possa servir não só como repositório de princípios, mas também como modelo concreto para inspirar as reformas, de modo a tornar mais homogênea a defesa dos interesses e direitos transindividuais em países de cultura jurídica comum.

Deveu-se a Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Antonio Gidi a elaboração da primeira proposta de um Código Modelo, proposta essa que aperfeiçoou as regras do microssistema brasileiro de processos coletivos, sem desprezar a experiência das *class-actions* norte-americanas. Muitas dessas primeiras regras, que foram apefeiçoadas com a participação ativa de outros especialistas ibero-americanos (e de mais um brasileiro, Aluísio de Castro Mendes), passaram depois do Código Modelo para o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos.

3 - O Código Modelo foi profundamente analisado e debatido no Brasil, no final de 2.003, ao ensejo do encerramento do curso de pós-graduação *stricto sensu* da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, por professores e pós-graduandos da disciplina "Processos Coletivos", ministrada em dois semestres por Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe, para verificar como e onde suas normas poderiam ser incorporadas, com vantagem, pela legislação brasileira. E daí surgiu a idéia da elaboração de um Código Brasileiro de Processos Coletivos, que aperfeiçoasse o sistema, sem desfigurá-lo. Ada Pellegrini Grinover coordenou os trabalhos do grupo de pós-graduandos de 2.003 que se dispôs a preparar propostas de Código Brasileiro de Processos Coletivos, progressivamente trabalhadas e melhoradas. O grupo inicialmente foi formado pelo doutorando Eurico Ferraresi e pelos mestrandos Ana Cândida Marcato, Antônio Guidoni Filho e Camilo Zufelato. Depois, no encerramento do curso de 2004, outra turma de pós-graduandos, juntamente com a primeira, aportou aperfeiçoamentos à proposta, agora também contando com a profícua colaboração de Carlos Alberto Salles e Paulo Lucon. Nasceu assim a primeira versão do Anteprojeto, trabalhado também pelos mestrandos, doutorandos e professores da disciplina, durante o ano de 2.005. O Instituto Brasileiro de Direito Processual, por intermédio de seus membros, ofereceu diversas sugestões. No segundo semestre de 2.005, o texto foi analisado por grupos de mestrandos da UERJ e da Universidade Estácio de Sá, sob a orientação de Aluísio de Castro Mendes, daí surgindo mais sugestões. O IDEC também foi ouvido e aportou sua contribuição ao aperfeiçoamento do Anteprojeto. Colaboraram na redação final da primeira versão do Anteprojeto juízes das Varas especializadas já existentes no país. Foram ouvidos membros do Ministério Público da União, do Distrito Federal e de diversos Estados, que trouxeram importantes contribuições. Enfim, a primeira versão do Anteprojeto foi apresentada pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual ao Ministério da Justiça, em dezembro de 2005. Submetido a consulta pública, sugestões de aperfeiçoamento vieram de órgãos públicos (Casa Civil, Secretaria de Assuntos Legislativos, PGFN e Fundo dos Interesses Difusos), bem como dos Ministérios Públicos de Minas Gerais, Paraná, Rio Grande do Sul e São Paulo. Após novos debates, as sugestões foram criteriosamente examinadas por professores e pós-graduandos da turma de 2006 da disciplina "Processos Coletivos" da Faculdade de Direito da USP e diversas delas foram incorporadas ao Anteprojeto. Este é agora reapresentado ao Ministério da Justiça, como versão final, datada de dezembro de 2.006.

4 – Em síntese, pode-se afirmar que a tônica do Anteprojeto é a de manter, em sua essência, as normas da legislação em vigor, aperfeiçoando-as por intermédio de regras não só mais claras, mas sobretudo mais flexíveis e abertas, adequadas às demandas coletivas. Corresponde a essa necessidade de flexibilização da técnica processual um aumento dos poderes do juiz – o que, aliás, é uma tendência até do processo civil individual. Na revisitação da técnica processual, são pontos importantes do Anteprojeto a reformulação do sistema de preclusões – sempre na observância do contraditório -, a reestruturação dos conceitos de pedido e causa de pedir – a serem interpretados extensivamente – e de conexão, continência e litispendência – que devem levar em conta a identidade do bem jurídico a ser tutelado; o enriquecimento da coisa julgada, com a previsão do julgado "secundum eventum probationis"; a ampliação dos esquemas da legitimação, para garantir maior acesso à justiça, mas com a paralela observância de requisitos que configuram a denominada "representatividade adequada" e põem em realce o necessário aspecto social da tutela dos interesses e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, colocando a proteção dos direitos fundamentais de terceira geração a salvo de uma indesejada banalização.

5 – O Anteprojeto engloba os atuais processos coletivos brasileiros – com exceção dos relativos ao controle da constitucionalidade, que não se destinam à defesa de interesses ou direitos de grupos, categorias ou classes de pessoas -, sendo constituído de VI Capítulos.

O Capítulo I inicia-se com a enumeração dos princípios gerais da tutela jurisdicional coletiva. Não foi incorporado no texto a exclusão de certas demandas, pela matéria, hoje constante do parágrafo único do art. 1º da Lei da Ação Civil Pública, uma vez que representa uma injustificada vulneração aos princípios do acesso à justiça, da universalidade de jurisdição e da economia processual, bem como inaceitável privilégio da Fazenda Pública. O Capítulo cuida das demandas coletivas em geral, aplicando-se a todas elas e tratando de manter diversos dispositivos vigentes, mas também regrando matérias novas ou reformuladas – como o pedido e a causa de pedir, a conexão e a continência, a relação entre ação coletiva e ações individuais, a questão dos processos individuais repetitivos. Também novas são as normas sobre interrupção da prescrição, a prioridade de processamento da demanda coletiva sobre as individuais e a utilização de meios eletrônicos para a prática de atos processuais, a preferência pelo processamento e julgamento por juízos especializados, a previsão de gratificação financeira para segmentos sociais que atuem na condução do processo. A questão do ônus da prova é revisitada, dentro da moderna teoria da carga dinâmica da prova. As normas sobre coisa

julgada, embora atendo-se ao regime vigente, são simplificadas, contemplando, como novidade, a possibilidade de repropositura da ação, no prazo de 2 (dois) anos contados do conhecimento geral da descoberta de prova nova, superveniente, idônea para mudar o resultado do primeiro processo e que neste não foi possível produzir. Os efeitos da apelação e a execução provisória têm regime próprio, adequado às novas tendências do direito processual, e subtraindo-se a sentença proferida no processo coletivo do reexame necessário.

O Capítulo II, dividido em duas seções, trata da ação coletiva. Preferiu-se essa denominação à tradicional de "ação civil pública", não só por razões doutrinárias, mas sobretudo para obstar a decisões que não têm reconhecido a legitimação de entidades privadas a uma ação que é denominada de "pública". É certo que a Constituição alude à "ação civil pública", mas é igualmente certo que o Código de Defesa do Consumidor já a rotula como "ação coletiva". Certamente, a nova denominação não causará problemas práticos, dado o detalhamento legislativo a que ela é submetida. Trata-se apenas de uma mudança de nomenclatura, mais precisa e conveniente.

A Seção I deste Capítulo é voltada às disposições gerais, deixando-se expresso o cabimento da ação como instrumento do controle difuso de constitucionalidade. A grande novidade consiste em englobar nas normas sobre a legitimação ativa, consideravelmente ampliada, requisitos fixados por lei, correspondentes à categoria da "representatividade adequada". A representatividade adequada é, assim, comprovada por critérios objetivos, legais, para a grande maioria dos legitimados, com exceção da pessoa física – à qual diversas constituições ibero-americanas conferem legitimação – em relação a quem o juiz aferirá a presença dos requisitos em concreto. Por outro lado, a exigência de representatividade adequada é essencial para o reconhecimento legal da figura da ação coletiva passiva, objeto do Capítulo III, em que o grupo, categoria ou classe de pessoas figura na relação jurídica processual como réu.

A regra de competência territorial é deslocada para esse Capítulo (no CDC figura indevidamente entre as regras que regem a ação em defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos, o que tem provocado não poucas discussões), eliminando-se, em alguns casos, a regra da competência concorrente entre Capitais dos Estados e Distrito Federal ou entre comarcas, motivo de proliferações de demandas e de decisões contraditórias. Para as demandas de índole nacional é fixada a competência territorial do Distrito Federal, único critério que possibilitará centralizá-las, evitando investidas do Legislativo atualmente consubstanciadas em proposta de Emenda Constitucional que pretende atribuir ao STJ a competência para decidir a respeito do foro competente. Regras de competência devem ser fixadas pela lei e não pelos tribunais. De outro lado, a relativa centralização da competência vem balanceada pela maior flexibilidade da legitimação entre os diversos órgãos do Ministério Público, que poderão atuar fora dos limites funcionais e territoriais de suas atribuições (quer em relação ao inquérito civil, quer em relação à propositura da demanda – conforme, aliás, já permite a Lei Nacional do Ministério Público). A mesma flexibilidade é atribuída a outros entes legitimados.

O inquérito civil é mantido nos moldes da Lei da Ação Civil Pública, mas se deixa claro que as peças informativas nele colhidas só poderão ser aproveitadas na ação coletiva desde que submetidas a contraditório, ainda que diferido. Afinal, a Constituição federal garante o contraditório no processo administrativo, conquanto não punitivo, em que haja "litigantes" (ou seja, titulares de conflitos de interesses), obtendo-se de sua observância, como resultado, a maior possibilidade de lavratura do termo de ajustamento de conduta e da própria antecipação de tutela, com base nas provas colhidas no inquérito, que poderão atender ao requisito da "prova incontroversa".

O termo de ajustamento de conduta é objeto de normas mais minuciosas, esbatendo dúvidas que existem nessa matéria a respeito dos procedimentos utilizados pelo Ministério Público.

Deixa-se ao Ministério Público maior liberdade para intervir no processo como fiscal da lei. A fixação do valor da causa é dispensado quando se trata de danos inestimáveis, evitando-se assim inúmeros incidentes processuais, mas seu valor será fixado na sentença. A audiência preliminar é tratada nos moldes de proposta legislativa existente para o processo individual, com o intuito de transformar o juiz em verdadeiro gestor do processo, dando-se ênfase aos meios alternativos de solução de controvérsias; deixa-se claro, aliás, até onde poderá ir a transação – outra dúvida que tem aparecido nas demandas coletivas - bem como seus efeitos no caso de acordo a que não adira o membro do grupo, categoria ou classe, em se tratando de direitos ou interesses individuais homogêneos. O Fundo dos Direitos Difusos e Coletivos, dividido em federal e estaduais, é regulamentado de modo a resguardar a destinação do dinheiro arrecadado, cuidando-se também do necessário controle e da devida transparência. Além disso, norma de relevante interesse para os autores coletivos atribui ao Fundo a responsabilidade pelo adiantamento dos custos das perícias, verba essa que deverá ser incluída no orçamento da União e dos Estados.

A Seção II do Capítulo II trata da ação coletiva para a defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos. E, com relação à ação de responsabilidade civil reparatória dos danos pessoalmente sofridos, inova no regime das notificações, necessárias não só no momento da propositura da demanda – como é hoje – mas também quando houver decisões que favoreçam os membros do grupo: com efeito, o desconhecimento da existência de liminares ou da sentença de procedência tem impedido aos beneficiados a fruição de seus direitos. Outra novidade está na sentença condenatória que, quando possível, não será genérica, mas poderá fixar a indenização devida aos membros do grupo, ressalvado o direito à liquidação individual. Estabelecem-se novas regras sobre a liquidação e a execução da sentença, coletiva ou individual, ampliando as regras de competência e a legitimação, tudo no intuito de facilitar a fruição dos direitos por parte dos beneficiários. É mantida a *fluid recovery*, mas com a novidade de que, enquanto não prescritas as pretensões individuais, o Fundo ficará responsável pelo pagamento, até o limite da importância que lhe foi recolhida.

O Capítulo III introduz no ordenamento brasileiro a ação coletiva passiva originária, ou seja a ação promovida não pelo, mas contra o grupo, categoria ou classe de pessoas. A denominação pretende distinguir essa ação coletiva passiva de outras, derivadas, que decorrem de outros processos, como a que se configura, por exemplo, numa ação rescisória ou nos embargos do executado na execução por título extrajudicial. A jurisprudência brasileira vem reconhecendo o cabimento da ação coletiva passiva originária (a *defendant class action* do sistema norte-americano), mas sem parâmetros que rejam sua admissibilidade e o regime da coisa julgada. A pedra de toque para o cabimento dessas ações é a representatividade adequada do legitimado passivo, acompanhada pelo requisito do interesse social. A ação coletiva passiva será admitida para a tutela de interesses ou direitos difusos ou coletivos, pois esse é o caso que desponta na "*defendant class action",* conquanto os efeitos da sentença possam colher individualmente os membros do grupo, categoria ou classe de pessoas. Por isso, o regime da coisa julgada é perfeitamente simétrico ao fixado para as ações coletivas ativas.

O Capítulo IV trata do mandado de segurança coletivo, até hoje sem disciplina legal. Deixa-se claro que pode ele ser impetrado, observados os dispositivos constitucionais, para a defesa de direito líquido e certo ligado a interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, espancando-se assim dúvidas doutrinárias e jurisprudenciais. Amplia-se a legitimação para abranger o MP, a Defensoria Pública e as entidades sindicais. De resto, aplicam-se ao mandado de segurança coletivo as disposições da Lei n. 1.533/51, no que não forem incompatíveis com a defesa coletiva, assim como o Capítulo I do Código, inclusive no que respeita às custas e honorários advocatícios.

O Capítulo V trata das ações populares, sendo a Seção I dedicada à ação popular constitucional. Aplicam-se aqui as disposições do Capítulo I e as regras da Lei n. 4.717/65, com a modificação de alguns artigos desta para dar maior liberdade de ação ao Ministério Público, para prever a cientificação do representante da pessoa jurídica de direito público e para admitir a repropositura da ação, diante de prova superveniente, nos moldes do previsto para a ação coletiva.

A Seção II do Capítulo V cuida da ação de improbidade administrativa que, embora rotulada pela legislação inerente ao MP como ação civil pública, é, no entanto, uma verdadeira ação popular (destinada à proteção do interesse público e não à defesa de interesses e direitos de grupos, categorias e classes de pessoas), com legitimação conferida por lei ao Ministério Público. Esta legitimação encontra embasamento no art.129, IX, da Constituição. Aqui também a lei de regência será a Lei n.8.429/92, aplicando-se à espécie as disposições do Capítulo I do Código, com exceção da interpretação extensiva do pedido e da causa de pedir, que não se coaduna com uma ação de índole sancionatória.

Finalmente, o Capítulo VI trata das disposições finais, criando o Cadastro Nacional de Processos Coletivos, a ser organizado e mantido pelo Conselho Nacional de Justiça; traçando princípios de interpretação; determinando a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, no que não for incompatível, independentemente da Justiça competente e notadamente quanto aos recursos e dando nova redação a dispositivos legais (inclusive em relação à antecipação de tutela e à sua estabilização, nos moldes do *référé* francês e consoante Projeto de Lei do Senado). Revogam-se expressamente: a Lei da Ação Civil Pública e os arts. 81 a 104 do Código de Defesa do Consumidor (pois o Anteprojeto trata por completo da matéria); o parágrafo 3º do art. 5º da Lei da Ação Popular, que fixa a prevenção da competência no momento da propositura da ação, colidindo com o princípio do Capítulo I do Anteprojeto; bem como diversos dispositivos de leis esparsas que se referem à ação civil pública, cujo cuidadoso levantamento foi feito por Marcelo Vigliar e que tratam de matéria completamente regulada pelo Anteprojeto.

A entrada em vigor do Código é fixada em cento e oitenta dias a contar de sua publicação.

6 - Cumpre observar, ainda, que o texto ora apresentado representa um esforço coletivo, sério e equilibrado, no sentido de reunir, sistematizar e melhorar as regras brasileiras sobre processos coletivos, hoje existentes em leis esparsas, às vezes inconciliáveis entre si, harmonizando-as e conferindo-lhes tratamento consentâneo com a relevância jurídica, social e política dos interesses e direitos transindividuais e individuais homogêneos. Tudo com o objetivo de tornar sua aplicação mais clara e correta, de superar obstáculos e entraves que têm surgido na prática legislativa e judiciária e de inovar na técnica processual, de modo a extrair a maior efetividade possível de importantes instrumentos constitucionais de direito processual.

São Paulo, janeiro de 2007

Ada Pellegrini Grinover

Professora Titular de Direito Processual da USP Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Processual

Capítulo I

Das demandas coletivas

Art. 1º <u>Conteúdo do Código</u> – Este Código dispõe sobre os processos coletivos relativos às ações coletivas ativas, à ação coletiva passiva originária, ao mandado de segurança coletivo, à ação popular constitucional e à ação de improbidade administrativa.

Art. 2º. <u>Princípios da tutela jurisdicional coletiva</u> – São princípios da tutela jurisdicional coletiva:

a. acesso à justiça e à ordem jurídica justa;

b. universalidade da jurisdição;

c. participação pelo processo e no processo;

d. tutela coletiva adequada;

e. boa-fé e cooperação das partes e de seus procuradores;

f. cooperação dos órgãos públicos na produção da prova;
g. economia processual;
h. instrumentalidade das formas;
i. ativismo judicial;
j. flexibilização da técnica processual;
k. dinâmica do ônus da prova;
l. representatividade adequada;
m. intervenção do Ministério Público em casos de relevante interesse social;
n. não taxatividade da ação coletiva;
o. ampla divulgação da demanda e dos atos processuais;
p. indisponibilidade temperada da ação coletiva;
q. continuidade da ação coletiva;
r. obrigatoriedade do cumprimento e da execução da sentença;
s. extensão subjetiva da coisa julgada, coisa julgada *secundum eventum litis* e *secundum probationem*;
t. reparação dos danos materiais e morais;
u. aplicação residual do Código de Processo Civil;
v. proporcionalidade e razoabilidade.

Art. 3º Efetividade da tutela jurisdicional – Para a defesa dos direitos e interesses indicados neste Código são admissíveis todas as espécies de ações e provimentos capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela, inclusive os previstos no Código de Processo Civil e em leis especiais.

§ 1º O juiz, instaurado o contraditório, poderá desconsiderar a pessoa jurídica, nas hipóteses previstas no artigo 50 Código Civil e no artigo 4º da Lei n. 9.605/98.

§ 2º Para a tutela dos interesses e direitos previstos nas alíneas II e III do artigo 3º e observada a disponibilidade do bem jurídico protegido, as partes poderão estipular convenção de arbitragem, a qual se regerá pelas disposições do Código de Processo Civil e da Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996.

Art. 4º Objeto da tutela coletiva – A demanda coletiva será exercida para a tutela de:

I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas, entre si ou com a parte contrária, por uma relação jurídica base;

III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Parágrafo único. A análise da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo poderá ser objeto de questão prejudicial, pela via do controle difuso.

Art. 5º Pedido e causa de pedir – Nas ações coletivas, a causa de pedir e o pedido serão interpretados extensivamente, em conformidade com o bem jurídico a ser protegido.

Parágrafo único. A requerimento da parte interessada, até a prolação da sentença, o juiz permitirá a alteração do pedido ou da causa de pedir, desde que seja realizada de boa-fé, não represente prejuízo injustificado para a parte contrária e o contraditório seja preservado, mediante possibilidade de nova manifestação de quem figure no pólo passivo da demanda, no prazo de 10 (dez) dias, com possibilidade de prova complementar, observado o parágrafo 3º do artigo 10.

Art. 6º Relação entre demandas coletivas – Observado o disposto no artigo 22 deste Código, as demandas coletivas de qualquer espécie poderão ser reunidas, de ofício ou a requerimento das partes, ficando prevento o juízo perante o qual a demanda foi distribuída em primeiro lugar, quando houver:

I – conexão, pela identidade de pedido ou causa de pedir ou da defesa, conquanto diferentes os legitimados ativos, e para os fins da ação prevista no Capítulo III, os legitimados passivos;

II – conexão probatória, desde que não haja prejuízo à duração razoável do processo;

III – continência, pela identidade de partes e causa de pedir, observado o disposto no inciso anterior, sendo o pedido de uma das ações mais abrangente do que o das demais.

§ 1º Na análise da identidade do pedido e da causa de pedir, será considerada a identidade do bem jurídico a ser protegido.

§ 2º Na hipótese de conexidade entre ações coletivas referidas ao mesmo bem jurídico, o juiz prevento, até o início da instrução, deverá determinar a reunião de processos para julgamento conjunto e, iniciada a instrução, poderá determiná-la, desde que não haja prejuízo à duração razoável do processo;

§ 3º Aplicam-se à litispendência as regras dos incisos I e III deste artigo, quanto à identidade de legitimados ativos ou passivos, e a regra de seu parágrafo 1º, quanto à identidade do pedido e da causa de pedir ou da defesa.

Art. 7º Relação entre demanda coletiva e ações individuais – A demanda coletiva não induz litispendência para as ações individuais em que sejam postulados direitos ou interesses próprios e específicos de seus autores, mas os efeitos da coisa julgada coletiva (art. 13 deste Código) não beneficiarão os autores das ações individuais,

se não for requerida sua suspensão no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da ciência efetiva da demanda coletiva nos autos da ação individual.

§ 1º Cabe ao demandado informar o juízo da ação individual sobre a existência de demanda coletiva que verse sobre idêntico bem jurídico, sob pena de, não o fazendo, o autor individual beneficiar-se da coisa julgada coletiva mesmo no caso de a ação individual ser rejeitada.

§ 2º A suspensão do processo individual perdurará até o trânsito em julgado da sentença coletiva, facultado ao autor requerer a retomada do curso do processo individual, a qualquer tempo, independentemente da anuência do réu, hipótese em que não poderá mais beneficiar-se da sentença coletiva.

§ 3º O Tribunal, de ofício, por iniciativa do juiz competente ou a requerimento da parte, após instaurar, em qualquer hipótese, o contraditório, poderá determinar a suspensão de processos individuais em que se postule a tutela de interesses ou direitos referidos a relação jurídica substancial de caráter incindível, pela sua própria natureza ou por força de lei, a cujo respeito as questões devam ser decididas de modo uniforme e globalmente, quando houver sido ajuizada demanda coletiva versando sobre o mesmo bem jurídico.

§ 4º Na hipótese do parágrafo anterior, a suspensão do processo perdurará até o trânsito em julgado da sentença coletiva, vedada ao autor a retomada do curso do processo individual antes desse momento.

Art. 8º Comunicação sobre processos repetitivos. O juiz, tendo conhecimento da existência de diversos processos individuais correndo contra o mesmo demandado, com identidade de fundamento jurídico, notificará o Ministério Público e, na medida do possível, outros legitimados, a fim de que proponham, querendo, demanda coletiva, ressalvada aos autores individuais a faculdade prevista no artigo anterior.

Parágrafo único. Caso o Ministério Público não promova a demanda coletiva, no prazo de 90 (noventa) dias, o juiz, se considerar relevante a tutela coletiva, fará remessa das peças dos processos individuais ao Conselho Superior do Ministério Público, que designará outro órgão do Ministério Público para ajuizar a demanda coletiva, ou insistirá, motivadamente, no não ajuizamento da ação, informando o juiz.

Art. 9º Efeitos da citação –A citação válida para a demanda coletiva interrompe o prazo de prescrição das pretensões individuais e transindividuais direta ou indiretamente relacionadas com a controvérsia, retroagindo o efeito à data da propositura da ação.

Art. 10. Prioridade de processamento e utilização de meios eletrônicos – O juiz deverá dar prioridade ao processamento da demanda coletiva sobre as individuais, servindo-se preferencialmente dos meios eletrônicos para a prática de atos processuais do juízo e das partes, observados os critérios próprios que garantam sua autenticidade.

Art. 11. Provas – São admissíveis em juízo todos os meios de prova, desde que obtidos por meios lícitos, incluindo a prova estatística ou por amostragem.

§ 1º Sem prejuízo do disposto no artigo 333 do Código de Processo Civil, o ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração.

§ 2º O ônus da prova poderá ser invertido quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação, segundo as regras ordinárias de experiência, ou quando a parte for hipossuficiente.

§ 3º Durante a fase instrutória, surgindo modificação de fato ou de direito relevante para o julgamento da causa (parágrafo único do artigo 5º deste Código), o juiz poderá rever, em decisão motivada, a distribuição do ônus da prova, concedendo à parte a quem for atribuída a incumbência prazo razoável para sua produção, observado o contraditório em relação à parte contrária (artigo 25, parágrafo 5**º,** inciso IV).

§ 4º . O juiz poderá determinar de ofício a produção de provas, observado o contraditório.

§ 5º. Para a realização de prova técnica, o juiz poderá solicitar a elaboração de laudos ou relatórios a órgãos, fundações ou universidades públicas especializados na matéria.

Art. 12. Motivação das decisões judiciárias. Todas as decisões deverão ser especificamente fundamentadas, especialmente quanto aos conceitos jurídicos indeterminados.

Parágrafo único. Na sentença de improcedência, o juiz deverá explicitar, no dispositivo, se rejeita a demanda por insuficiência de provas.

Art. 13. **Coisa julgada** – Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada *erga omnes*, 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.

§ 1º Tratando-se de interesses ou direitos individuais homogêneos (art. 3º, III, deste Código), em caso de improcedência do pedido, os interessados poderão propor ação a título individual.

§ 2º Os efeitos da coisa julgada nas ações em defesa de interesses ou direitos difusos ou coletivos (art. 4º, I e II, deste Código) não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste Código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 34 e 35.

§ 3º Aplica-se o disposto no parágrafo anterior à sentença penal condenatória.

§ 4º A competência territorial do órgão julgador não representará limitação para a coisa julgada *erga omnes*.

§ 5º Mesmo na hipótese de sentença de improcedência, fundada nas provas produzidas, qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, no prazo de 2 (dois) anos contados do conhecimento geral

da descoberta de prova nova, superveniente, que não poderia ser produzida no processo, desde que idônea para mudar seu resultado.

§ 6º A faculdade prevista no parágrafo anterior, nas mesmas condições, fica assegurada ao demandado da ação coletiva julgada procedente.

Art. 14. Efeitos do recurso da sentença definitiva – O recurso interposto contra a sentença tem efeito meramente devolutivo, salvo quando a fundamentação for relevante e puder resultar à parte lesão grave e de difícil reparação, hipótese em que o juiz, ponderando os valores em jogo, poderá atribuir ao recurso efeito suspensivo.

Parágrafo único. As sentenças que julgam as demandas coletivas não se submetem ao reexame necessário.

Art. 15. Legitimação à liquidação e execução da sentença condenatória – Na hipótese de o autor da demanda coletiva julgada procedente não promover, em 120 (cento e vinte) dias, a liquidação ou execução da sentença, deverá fazê-lo o Ministério Público, quando se tratar de interesse público relevante, facultada igual iniciativa, em todos os casos, aos demais legitimados (art. 20 deste Código).

Art. 16. Execução definitiva e execução provisória – A execução é definitiva quando passada em julgado a sentença; e provisória, na pendência dos recursos cabíveis.

§ 1º A execução provisória corre por conta e risco do exeqüente, que responde pelos prejuízos causados ao executado, em caso de reforma da sentença recorrida.

§ 2º A execução provisória permite a prática de atos que importem em alienação do domínio ou levantamento do depósito em dinheiro.

§ 3º A pedido do executado, o tribunal pode suspender a execução provisória quando dela puder resultar lesão grave e de difícil reparação.

Art. 17. **Custas e honorários** – Nas demandas coletivas de que trata este código, a sentença condenará o demandado, se vencido, nas custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, bem como em honorários de advogados, calculados sobre a condenação.

§ 1º Tratando-se de condenação a obrigação específica ou de condenação genérica, os honorários advocatícios serão fixados levando-se em consideração a vantagem para o grupo, categoria ou classe, a quantidade e qualidade do trabalho desenvolvido pelo advogado e a complexidade da causa.

§ 2º O Poder Público, quando demandado e vencido, incorrerá na condenação prevista neste artigo.

§ 3º Se o legitimado for pessoa física, entidade sindical ou de fiscalização do exercício das profissões, associação civil ou fundação de direito privado, o juiz, sem prejuízo da verba da sucumbência, poderá fixar gratificação financeira, a cargo do Fundo dos Direitos Difusos e Coletivos, quando sua atuação tiver sido relevante na condução e êxito da demanda coletiva, observados na fixação os critérios de razoabilidade e modicidade.

§ 4º Os autores da demanda coletiva não adiantarão custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem serão condenados, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogados, custas e despesas processuais.

§ 5º O litigante de má-fé e os responsáveis pelos respectivos atos serão solidariamente condenados ao pagamento das despesas processuais, em honorários advocatícios e em até o décuplo das custas, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos.

Art. 18. **Juízos especializados –** Sempre que possível, as demandas coletivas de que trata este Código serão processadas e julgadas em juízos especializados.

Parágrafo único. Quando se tratar de liquidação e execução individuais dos danos sofridos em decorrência de violação a interesses ou direitos individuais homogêneos (artigo 34 deste Código), a competência para a tramitação dos processos será dos juízos residuais comuns.

Capítulo II
Da ação coletiva ativa
Seção I
Disposições gerais

Art. 19. Cabimento da ação coletiva ativa. A ação coletiva ativa será exercida para a tutela dos interesses e direitos mencionados no artigo 4º deste Código.

Art. 20. **Legitimação.** São legitimados concorrentemente à ação coletiva ativa:

I – qualquer pessoa física, para a defesa dos interesses ou direitos difusos, desde que o juiz reconheça sua representatividade adequada, demonstrada por dados como:

a – a credibilidade, capacidade e experiência do legitimado;

b – seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos difusos e coletivos;

c – sua conduta em eventuais processos coletivos em que tenha atuado;

II – o membro do grupo, categoria ou classe, para a defesa dos interesses ou direitos coletivos, e individuais homogêneos, desde que o juiz reconheça sua representatividade adequada, nos termos do inciso I deste artigo;

III - o Ministério Público, para a defesa dos interesses ou direitos difusos e coletivos, bem como dos individuais homogêneos de interesse social;

IV – a Defensoria Pública, para a defesa dos interesses ou direitos difusos e coletivos, quando a coletividade ou os membros do grupo, categoria ou classe forem necessitados do ponto de vista organizacional, e dos individuais homogêneos, quando os membros do grupo, categoria ou classe forem, ao menos em parte, hiposuficientes;

V – as pessoas jurídicas de direito público interno, para a defesa dos interesses ou direitos difusos e, quando relacionados com suas funções, dos coletivos e individuais homogêneos;

VI - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, bem como os órgãos do Poder Legislativo, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos indicados neste Código;

VII – as entidades sindicais e de fiscalização do exercício das profissões, restritas as primeiras à defesa dos interesses e direitos ligados à categoria;

VIII - os partidos políticos com representação no Congresso Nacional, nas Assembléias Legislativas ou nas Câmaras Municipais, conforme o âmbito do objeto da demanda, para a defesa de direitos e interesses ligados a seus fins institucionais;

IX - as associações civis e as fundações de direito privado legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano, que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses ou direitos indicados neste Código, dispensadas a autorização assemblear ou pessoal e a apresentação do rol nominal dos associados ou membros.

§ 1° Na defesa dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, qualquer legitimado deverá demonstrar a existência do interesse social e, quando se tratar de direitos coletivos e individuais homogêneos, a coincidência entre os interesses do grupo, categoria ou classe e o objeto da demanda;

§ 2º No caso dos incisos I e II deste artigo, o juiz poderá voltar a analisar a existência do requisito da representatividade adequada em qualquer tempo e grau de jurisdição, aplicando, se for o caso, o disposto no parágrafo seguinte.

§ 3º Em caso de inexistência do requisito da representatividade adequada (incisos I e II deste artigo), o juiz notificará o Ministério Público e, na medida do possível, outros legitimados, a fim de que assumam, querendo, a titularidade da ação.

§ 4º Em relação às associações civis e às fundações de direito privado, o juiz poderá dispensar o requisito da pré-constituição, quando haja manifesto interesse social evidenciado pelas características do dano, pela relevância do bem jurídico a ser protegido ou pelo reconhecimento de representatividade adequada (inciso I deste artigo).

§ 5 º Os membros do Ministério Público poderão ajuizar a ação coletiva perante a Justiça federal ou estadual, independentemente da pertinência ao Ministério Público da União, do Distrito Federal ou dos Estados, e, quando se tratar da competência da Capital do Estado (artigo 22, inciso III) ou do Distrito Federal (artigo 22, inciso IV), independentemente de seu âmbito territorial de atuação.

§ 6º Será admitido o litisconsórcio facultativo entre os legitimados, inclusive entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados.

§ 7 º Em caso de relevante interesse social, cuja avaliação ficará a seu exclusivo critério, o Ministério Público, se não ajuizar a ação ou não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei.

§ 8º Havendo vício de legitimação, desistência infundada ou abandono da ação, o juiz aplicará o disposto no parágrafo 3º deste artigo.

§ 9º Em caso de inércia do Ministério Público, aplica-se o disposto no parágrafo único do artigo 8º deste Código.

Art. 21. Do termo de ajustamento de conduta. Preservada a indisponibilidade do bem jurídico protegido, o Ministério Público e os órgãos públicos legitimados, agindo com critérios de equilíbrio e imparcialidade, poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de conduta à lei, mediante fixação de modalidades e prazos para o cumprimento das obrigações assumidas e de multas por seu descumprimento.

§ 1º · Em caso de necessidade de outras diligências, os órgãos públicos legitimados poderão firmar compromisso preliminar de ajustamento de conduta.

§ 2º Quando a cominação for pecuniária, seu valor deverá ser suficiente e necessário para coibir o descumprimento da medida pactuada e poderá ser executada imediatamente, sem prejuízo da execução específica.

§ 3º. O termo de ajustamento de conduta terá natureza jurídica de transação, com eficácia de título executivo extrajudicial, sem prejuízo da possibilidade de homologação judicial do compromisso, hipótese em que sua eficácia será de título executivo judicial.

Art. 22. Competência territorial – É absolutamente competente para a causa o foro:

I – do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local;

II – de qualquer das comarcas ou sub-seções judiciárias, quando o dano de âmbito regional compreender até 3 (três) delas, aplicando-se no caso as regras de prevenção;

III - da Capital do Estado, para os danos de âmbito regional, compreendendo 4 (quatro) ou mais comarcas ou sub-seções judiciárias;

IV – de uma das Capitais do Estado, quando os danos de âmbito interestadual compreenderem até 3 (três) Estados, aplicando-se no caso as regras de prevenção;

IV- do Distrito Federal, para os danos de âmbito interestadual que compreendam mais de 3 (três) Estados, ou de âmbito nacional.

§ 1º A amplitude do dano será aferida conforme indicada na petição inicial da demanda.

§ 2º Ajuizada a demanda perante juiz territorialmente incompetente, este remeterá incontinenti os autos ao juízo do foro competente, sendo vedada ao primeiro juiz a apreciação de pedido de antecipação de tutela.

§ 3º No caso de danos de âmbito nacional, interestadual e regional, o juiz competente poderá delegar a realização da audiência preliminar e da instrução ao juiz que ficar mais próximo dos fatos.

§ 4º Compete ao juiz estadual, nas comarcas que não sejam sede da Justiça federal, processar e julgar a ação coletiva nas causas de competência da Justiça federal.

Art. 23. Inquérito civil. O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, nos termos do disposto em sua Lei Orgânica, ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a 10 (dez) dias.

§ 1º Aplica-se às atribuições do Ministério Público, em relação ao inquérito civil, o disposto no parágrafo 5º do artigo 20 deste Código.

§ 2º Nos casos em que a lei impuser sigilo, incumbe ao Ministério Público, ao inquirido e a seu advogado a manutenção do segredo.

§ 3º A eficácia probante das peças informativas do inquérito civil dependerá da observância do contraditório, ainda que diferido para momento posterior ao da sua produção;

§ 4º Se o órgão do Ministério Público, esgotadas todas as diligências, se convencer da inexistência de fundamento para a propositura de ação coletiva, promoverá o arquivamento dos autos do inquérito civil ou das peças informativas, fazendo-o fundamentadamente.

§ 5º Os demais legitimados (art. 20 deste Código) poderão recorrer da decisão de arquivamento ao Conselho Superior do Ministério Público, conforme dispuser o seu regimento.

§ 6º O órgão do Ministério Público que promover o arquivamento do inquérito civil ou das peças informativas encaminhará, no prazo de 3 (três) dias, sob pena de falta grave, os respectivos autos ao Conselho Superior do Ministério Público, para homologação e para as medidas necessárias à uniformização da atuação ministerial.

§ 7º Deixando o Conselho de homologar a promoção do arquivamento, designará, desde logo, outro membro do Ministério Público para o ajuizamento da ação.

§ 8º Constituem crime, punido com pena de reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, mais multa, a recusa, o retardamento ou a omissão de dados técnicos ou informações, quando requisitados pelo Ministério Público.

Art. 24. Da instrução da inicial e do valor da causa – Para instruir a inicial, o legitimado poderá requerer às autoridades competentes as certidões e informações que julgar necessárias.

§ 1º As certidões e informações deverão ser fornecidas dentro de 15 (quinze) dias da entrega, sob recibo, dos respectivos requerimentos, e só poderão ser utilizados para a instrução da ação coletiva.

§ 2º Somente nos casos em que a defesa da intimidade ou o interesse social, devidamente justificados, exigirem o sigilo, poderá ser negada certidão ou informação.

§ 3º Ocorrendo a hipótese do parágrafo anterior, a ação poderá ser proposta desacompanhada das certidões ou informações negadas, cabendo ao juiz, após apreciar os motivos do indeferimento, requisitá-las; feita a requisição, o processo correrá em segredo de justiça.

§ 4º Na hipótese de ser incomensurável ou inestimável o valor dos danos coletivos, fica dispensada a indicação do valor da causa na petição inicial, cabendo ao juiz fixá-lo em sentença.

Art. 25 - Audiência preliminar – Encerrada a fase postulatória, o juiz designará audiência preliminar, à qual comparecerão as partes ou seus procuradores, habilitados a transigir.

§ 1º O juiz ouvirá as partes sobre os motivos e fundamentos da demanda e tentará a conciliação, sem prejuízo de sugerir outras formas adequadas de solução do conflito, como a mediação, a arbitragem e a avaliação neutra de terceiro.

§ 2º A avaliação neutra de terceiro, de confiança das partes, obtida no prazo fixado pelo juiz, é sigilosa, inclusive para este, e não vinculante para as partes, sendo sua finalidade exclusiva a de orientá-las na tentativa de composição amigável do conflito.

§ 3º Preservada a indisponibilidade do bem jurídico coletivo, as partes poderão transigir sobre o modo de cumprimento da obrigação.

§ 4º Obtida a transação, será homologada por sentença, que constituirá título executivo judicial.

§ 5º Não obtida a conciliação, sendo ela parcial, ou quando, por qualquer motivo, não for adotado outro meio de solução do conflito, o juiz, fundamentadamente:

I – decidirá se a ação tem condições de prosseguir na forma coletiva, certificando-a como tal;

II – poderá separar os pedidos em ações coletivas distintas, voltadas à tutela, respectivamente, dos interesses ou direitos difusos e coletivos, de um lado, e dos individuais homogêneos, do outro, desde que a separação represente economia processual ou facilite a condução do processo;

III – decidirá a respeito do litisconsórcio e da intervenção de terceiros, esta admissível até o momento do saneamento do processo, vedada a denunciação da lide na hipótese do artigo 13, parágrafo único, da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990 - Código de Defesa do Consumidor.

IV – fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se for o caso;

V – Na hipótese do inciso anterior, esclarecerá as partes sobre a distribuição do ônus da prova, de acordo com o disposto no parágrafo 1º do artigo 11 deste Código, e sobre a possibilidade de ser determinada, no momento do julgamento, sua inversão, nos termos do parágrafo 2º do mesmo artigo;

VI – Se não houver necessidade de audiência de instrução e julgamento, de acordo com a natureza do pedido e as provas documentais juntadas pelas partes ou requisitadas pelo juiz, sobre as quais tenha incidido o contraditório, simultâneo ou sucessivo, julgará antecipadamente a lide.

Art. 26. Ação reparatória – Na ação reparatória dos danos provocados ao bem indivisivelmente considerado, sempre que possível e independentemente de pedido do autor, a condenação consistirá na prestação de obrigações específicas, destinadas à compensação do dano sofrido pelo bem jurídico afetado, nos termos do artigo 461 e parágrafos do Código de Processo Civil.

§ 1º Dependendo da especificidade do bem jurídico afetado, da extensão territorial abrangida e de outras circunstâncias consideradas relevantes, o juiz poderá especificar, em decisão fundamentada, as providências a serem tomadas para a reconstituição dos bens lesados, podendo indicar a realização de atividades tendentes a minimizar a lesão ou a evitar que se repita, dentre outras que beneficiem o bem jurídico prejudicado;

§ 2º Somente quando impossível a condenação no cumprimento de obrigações específicas, o juiz condenará o réu, em decisão fundamentada, ao pagamento de indenização, independentemente de pedido do autor, a qual reverterá ao Fundo de Direitos Difusos e Coletivos, de natureza federal ou estadual, de acordo com a Justiça competente (art. 27 deste Código).

Art. 27. Do Fundo dos Direitos Difusos e Coletivos. O Fundo será administrado por um Conselho Gestor federal ou por Conselhos Gestores estaduais, dos quais participarão necessariamente, em composição paritária, membros do Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à realização de atividades tendentes a minimizar as lesões ou a evitar que se repitam, dentre outras que beneficiem os bens jurídicos prejudicados, bem como a antecipar os custos das perícias necessárias à defesa dos direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos e a custear o prêmio previsto no parágrafo 3º do artigo 17.

§ 1º Além da indenização oriunda da sentença condenatória, prevista no parágrafo 2º do artigo 26, e da execução pelos danos globalmente causados, de que trata o parágrafo 3º do artigo 36, ambos deste Código, constitui receita do Fundo, dentre outras, o produto da arrecadação de multas, inclusive as decorrentes do descumprimento de compromissos de ajustamento de conduta.

§ 2º O representante legal do Fundo, considerado funcionário público para efeitos legais, responderá por sua atuação nas esferas administrativa, penal e civil.

§ 3º O Fundo será notificado da propositura de toda ação coletiva e sobre as decisões mais importantes do processo, podendo nele intervir em qualquer tempo e grau de jurisdição na função de "amicus curiae".

§ 4º O Fundo manterá e divulgará registros que especifiquem a origem e a destinação dos recursos e indicará a variedade dos bens jurídicos a serem tutelados e seu âmbito regional;

§ 5º Semestralmente, o Fundo dará publicidade às suas demonstrações financeiras e atividades desenvolvidas.

Seção II

Da ação coletiva para a defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos

Art. 28. Da ação coletiva para a defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos – A ação coletiva para a defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos será exercida para a tutela do conjunto de direitos ou interesses individuais, decorrentes de origem comum, de que sejam titulares os membros de um grupo, categoria ou classe.

§ 1º Para a tutela dos interesses ou direitos individuais homogêneos, além dos requisitos indicados no artigo 19 deste Código, é necessária a aferição da predominância das questões comuns sobre as individuais e da utilidade da tutela coletiva no caso concreto.

§ 2º A determinação dos interessados poderá ocorrer no momento da liquidação ou execução do julgado, não havendo necessidade de a petição inicial vir acompanhada da respectiva relação nominal.

Art. 29. Ação de responsabilidade civil – Os legitimados poderão propor, em nome próprio e no interesse das vítimas ou seus sucessores, dentre outras (artigo 2.º deste Código), ação coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos, de acordo com o disposto nos artigos seguintes.

Art. 30. Citação e notificações – Estando em termos a petição inicial, o juiz ordenará a citação do réu e a publicação de edital, de preferência resumido, no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como assistentes, observado o disposto no parágrafos 5º e 6º deste artigo.

§ 1º Sem prejuízo da publicação do edital, o juiz determinará sejam os órgãos e entidades de defesa dos interesses ou direitos indicados neste Código comunicados da existência da demanda coletiva e de seu trânsito em julgado, a serem também comunicados ao Cadastro Nacional de Processos Coletivos

§ 2º Concedida a tutela antecipada e sendo identificáveis os beneficiários, o juiz determinará ao demandado que informe os interessados sobre a opção de exercerem, ou não, o direito à fruição da medida.

§ 3º Descumprida a determinação judicial de que trata o parágrafo anterior, o demandado responderá, no mesmo processo, pelos prejuízos causados aos beneficiários.

§ 4º Quando for possível a execução do julgado, ainda que provisória, o juiz determinará a publicação de edital no órgão oficial, às expensas do demandado, impondo-lhe, também, o dever de divulgar, pelos meios de comunicação social, nova informação, compatível com a extensão ou gravidade do dano, observado o critério da modicidade do custo. Sem prejuízo das referidas providências, o juízo providenciará a comunicação aos órgãos e entidades de defesa dos interesses ou direitos indicados neste Código, bem como ao Cadastro Nacional de Processos Coletivos.

§ 5º A apreciação do pedido de assistência far-se-á em autos apartados, sem suspensão do feito, recebendo o interveniente o processo no estado em que se encontre.

§ 6º Os intervenientes não poderão discutir suas pretensões individuais na fase de conhecimento do processo coletivo.

Art. 31. Efeitos da transação - As partes poderão transacionar, ressalvada aos membros do grupo, categoria ou classe a faculdade de não aderir à transação, propondo ação a título individual.

Art. 32 - Sentença condenatória – Sempre que possível, o juiz fixará na sentença o valor da indenização individual devida a cada membro do grupo, categoria ou classe.

§ 1º Quando o valor dos danos individuais sofridos pelos membros do grupo, categoria ou classe for uniforme, prevalentemente uniforme ou puder ser reduzido a uma fórmula matemática, a sentença coletiva indicará o valor ou a fórmula de cálculo da indenização individual.

§ 2º O membro do grupo, categoria ou classe que divergir quanto ao valor da indenização individual ou à fórmula para seu cálculo, estabelecidos na sentença coletiva, poderá propor ação individual de liquidação.

§ 3º Não sendo possível a prolação de sentença condenatória líquida, a condenação poderá ser genérica, fixando a responsabilidade do demandado pelos danos causados e o dever de indenizar.

Art. 33. Competência para a liquidação e execução – É competente para a liquidação e execução o juízo:

I - da fase condenatória da ação ou da sede do legitimado à fase de conhecimento, quando coletiva a liquidação ou execução.

II– da fase condenatória, ou do domicílio da vítima ou sucessor, no caso de liquidação ou execução individual.

§ 1º O exeqüente poderá optar pelo juízo do local onde se encontrem bens sujeitos à expropriação.

§ 2º Quando a competência para a liquidação e execução não for do juízo da fase de conhecimento, o executado será citado, seguindo a execução o procedimento do art. 475-A e seguintes do Código de Processo Civil.

Art. 34. Liquidação e execução individuais. A liquidação e execução serão promovidas individualmente pelo beneficiário ou seus sucessores, que poderão ser representados, mediante instrumento de mandato, por associações, entidades sindicais ou de fiscalização do exercício das profissões e defensorias públicas, ainda que não tenham sido autoras na fase de conhecimento, observados os requisitos do artigo 20 deste Código.

§ 1º Na liquidação da sentença caberá ao liquidante provar, tão só, o dano pessoal, o nexo de causalidade e o montante da indenização.

§ 2º A liquidação da sentença poderá ser dispensada quando a apuração do dano pessoal, do nexo de causalidade e do montante da indenização depender exclusivamente de prova documental, hipótese em que o pedido de execução por quantia certa será acompanhado dos documentos comprobatórios e da memória do cálculo.

§ 3º Os valores destinados ao pagamento das indenizações individuais serão depositados em instituição bancária oficial, abrindo-se conta remunerada e individualizada para cada beneficiário, regendo-se os respectivos saques, sem expedição de alvará, pelas normas aplicáveis aos depósitos bancários.

§ 4º Na hipótese de o exercício da ação coletiva ter sido contratualmente vinculado ao pagamento de remuneração ajustada por serviços prestados, o montante desta será deduzido dos valores destinados ao pagamento previsto no parágrafo anterior, ficando à disposição da entidade legitimada.

§ 5º A carta de sentença para a execução provisória poderá ser extraída em nome do credor, ainda que este não tenha integrado a lide na fase de conhecimento do processo.

Art. 35. Liquidação e execução coletivas – Se possível, a liquidação e a execução serão coletivas, sendo promovidas por qualquer dos legitimados do artigo 20 deste Código.

Art. 36. Liquidação e execução pelos danos globalmente causados – Decorrido o prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados do artigo 20 deste Código promover a liquidação e execução coletiva da indenização devida pelos danos causados.

§ 1º Na fluência do prazo previsto no caput deste artigo a prescrição não correrá.

§ 2º O valor da indenização será fixado de acordo com o dano globalmente causado, que poderá ser demonstrado por meio de prova pré-constituída ou, não sendo possível, mediante liquidação.

§ 3º O produto da indenização reverterá ao Fundo (art. 27 deste Código), que o utilizará para finalidades conexas à proteção do grupo, categoria ou classe beneficiados pela sentença.

§ 4º Enquanto não se consumar a prescrição da pretensão individual, fica assegurado o direito de exigir o pagamento pelo Fundo, limitado o total das condenações ao valor que lhe foi recolhido.

Art. 37. Concurso de créditos – Em caso de concurso de créditos decorrentes de condenação de que trata o artigo 26 deste Código e de indenizações pelos prejuízos individuais resultantes do mesmo evento danoso, estas terão preferência no pagamento.

Parágrafo único. Para efeito do disposto neste artigo, a destinação da importância a ser recolhida ao Fundo ficará sustada enquanto pendentes de decisão de recurso ordinário as ações de indenização pelos danos individuais, salvo na hipótese de o patrimônio do devedor ser manifestamente suficiente para responder pela integralidade das dívidas.

Capítulo III

Da ação coletiva passiva originária

Art. 38. Ações contra o grupo, categoria ou classe – Qualquer espécie de ação pode ser proposta contra uma coletividade organizada, mesmo sem personalidade jurídica, desde que apresente representatividade adequada (artigo 20, I, "a", "b" e "c"), se trate de tutela de interesses ou direitos difusos e coletivos (artigo 4º, incisos I e II) e a tutela se revista de interesse social.

Parágrafo único. O Ministério Público e os órgãos públicos legitimados à ação coletiva ativa (art. 20, incisos III, IV, V e VI e VII deste Código) não poderão ser considerados representantes adequados da coletividade, ressalvadas as entidades sindicais.

Art. 39. Coisa julgada passiva –A coisa julgada atuará *erga omnes*, vinculando os membros do grupo, categoria ou classe e aplicando-se ao caso as disposições do artigo 12 deste Código, no que dizem respeito aos interesses ou direitos transindividuais.

Art. 40. Aplicação complementar às ações coletivas passivas – Aplica-se complementarmente às ações coletivas passivas o disposto no Capítulo I deste Código, no que não for incompatível.

Parágrafo único. As disposições relativas a custas e honorários, previstas no artigo 16 e seus parágrafos, serão invertidas, para beneficiar o grupo, categoria ou classe que figurar no pólo passivo da demanda.

Capítulo IV

Do mandado de segurança coletivo

Art. 41. Cabimento do mandado de segurança coletivo – Conceder-se-á mandado de segurança coletivo, nos termos dos incisos LXIX e LXX do artigo 5º da Constituição federal, para proteger direito líquido e certo relativo a interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos (art. 4º deste Código).

Art. 42. Legitimação ativa – O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

I – Ministério Público;

II – Defensoria Pública;

III – partido político com representação no Congresso Nacional;

IV – entidade sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados, dispensada a autorização assemblear.

Parágrafo único – O Ministério Público, se não impetrar o mandado de segurança coletivo, atuará como fiscal da lei, em caso de interesse público ou relevante interesse social.

Art. 43. Disposições aplicáveis - Aplicam-se ao mandado de segurança coletivo as disposições do Capítulo I deste Código, inclusive no tocante às custas e honorários (art. 17 e seus parágrafos) e as da Lei n.º 1.533/51, no que não for incompatível.

Capítulo V

Das ações populares

Seção I

Da ação popular constitucional

Art. 44 - Disposições aplicáveis – Aplicam-se à ação popular constitucional as disposições do Capítulo I deste Código e as da Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965.

Seção II

Ação de improbidade administrativa

Art. 45. Disposições aplicáveis – A ação de improbidade administrativa rege-se pelas disposições do Capítulo I deste Código, com exceção do disposto no artigo 5º e seu parágrafo único, devendo o pedido e a causa de pedir ser interpretados restritivamente, e pelas disposições da Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992,

Capítulo VI

Disposições finais

Art. 46. Do Cadastro Nacional de Processos Coletivos – O Conselho Nacional de Justiça organizará e manterá o Cadastro Nacional de Processos Coletivos, com a finalidade de permitir que todos os órgãos do Poder Judiciário e todos os interessados tenham acesso ao conhecimento da existência de ações coletivas, facilitando a sua publicidade.

§ 1º Os órgãos judiciários aos quais forem distribuídos processos coletivos remeterão, no prazo de 10 (dez) dias, cópia da petição inicial ao Cadastro Nacional de Processos Coletivos.

§ 2º O Conselho Nacional de Justiça, no prazo de 90 (noventa) dias, editará regulamento dispondo sobre o funcionamento do Cadastro Nacional de Processos Coletivos, incluindo a forma de comunicação pelos juízos quanto à existência de processos coletivos e aos atos processuais mais relevantes, como a concessão de antecipação de tutela, a sentença e o trânsito em julgado, a interposição de recursos e seu andamento, a execução provisória ou definitiva; disciplinará, ainda, os meios adequados a viabilizar o acesso aos dados e seu acompanhamento por qualquer interessado.

Art. 47. Instalação de órgãos especializados - A União, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, e os Estados criarão e instalarão órgãos especializados, em primeira e segunda instância, para o processamento e julgamento de ações coletivas.

Art. 48. Princípios de interpretação – Este Código será interpretado de forma aberta e flexível, compatível com a tutela coletiva dos direitos e interesses de que trata.

Art. 49. Aplicação subsidiária do Código de Processo Civil – Aplicam-se subsidiariamente às ações coletivas, no que não forem incompatíveis, as disposições do Código de Processo Civil, independentemente da Justiça competente para o processamento e julgamento.

Parágrafo único – Os recursos cabíveis e seu processamento seguirão o disposto no Código de Processo Civil e legislação correlata, no que não for incompatível.

Art. 50. Nova redação – Dê-se nova redação aos artigos de leis abaixo indicados:

a - Dê-se aos §§ 4º e 5º do art. 273 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), a seguinte redação:

"**Art. 273** .....

§4º. A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada, fundamentadamente, enquanto não se produza a preclusão da decisão que a concedeu (§1° do art. 273-B e art. 273-C).

§5º. Na hipótese do inciso I deste artigo, o juiz só concederá a tutela antecipada sem ouvir a parte contrária em caso de extrema urgência ou quando verificar que o réu, citado, poderá torná-la ineficaz".

b **-** A Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), passa a vigorar acrescida dos seguintes arts.: 273-A, 273-B, 273-C, 273-D:

"**Art. 273-A**. A antecipação de tutela poderá ser requerida em procedimento antecedente ou na pendência do processo".

"**Art. 273-B**. Aplicam-se ao procedimento previsto no art. 273-A, no que couber, as disposições do Livro III, Título único, Capítulo I deste Código.

§1º. Concedida a tutela antecipada em procedimento antecedente, é facultado, até 30 (trinta) dias contados da preclusão da decisão concessiva:

a) ao réu, propor demanda que vise à sentença de mérito;

b) ao autor, em caso de antecipação parcial, propor demanda que vise à satisfação integral da pretensão.

§2º. Não intentada a ação, a medida antecipatória adquirirá força de coisa julgada nos limites da decisão proferida".

"**Art. 273-C**. Concedida a tutela antecipada no curso do processo, é facultado à parte interessada, até 30 (trinta) dias contados da preclusão da decisão concessiva, requerer seu prosseguimento, objetivando o julgamento de mérito.

Parágrafo único. Não pleiteado o prosseguimento do processo, a medida antecipatória adquirirá força de coisa julgada nos limites da decisão proferida".

"**Art. 273-D** Proposta a demanda (§ 1° do art. 273-B) ou retomado o curso do processo (art. 273-C), sua eventual extinção, sem julgamento do mérito, não ocasionará a ineficácia da medida antecipatória, ressalvada a carência da ação, se incompatíveis as decisões."

c – O artigo 10 da Lei n. 1.533, de 31 de dezembro de 1951, passa a ter a seguinte redação:

Artigo 10: "Findo o prazo a que se refere o item I do art. 7º e ouvido, dentro de 5 (cinco) dias, o representante da pessoa jurídica de direito público, responsável pela conduta impugnada, os autos serão conclusos ao juiz, independentemente de solicitação da parte, para a decisão, a qual deverá ser proferida em 5 (cinco) dias, tenham sido ou não prestadas as informações pela autoridade coatora".

d - O artigo 7º, inciso I, alínea "a", da Lei n. 4717, de 29 de junho de 1965, passa a ter a seguinte redação:

Art. 7º "....

I .....

a – além da citação dos réus, a intimação do representante do Ministério Público, que poderá intervir no processo como litisconsorte ou fiscal da lei, devendo fazê-lo obrigatoriamente quando se tratar, a seu exclusivo critério, de interesse público relevante, vedada, em qualquer caso, a defesa dos atos impugnados ou de seus autores."

e- Acrescente-se ao artigo 18 da Lei n. 4717, de 29 de junho de 1965 um parágrafo único, com a seguinte redação:

Art. 18 - "....

Parágrafo único – Mesmo na hipótese de improcedência fundada nas provas produzidas, qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, no prazo de 2 (dois) anos contados do conhecimento geral da descoberta de prova nova, superveniente, que não poderia ser produzida no processo, desde que idônea, por si só, para mudar seu resultado."

f - Acrescentem-se ao artigo 17 da Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992, dois parágrafos, numerados como 1º e 2º, renumerando-se os atuais parágrafos 1º , 2º, 3º , 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10, 11 e 12 como 3º , 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10, 11, 12, 13 e 14.

Art.17 – "....

§ 1º – Nas hipóteses em que, pela natureza e circunstâncias de fato ou pela condição dos responsáveis, o interesse social não apontar para a necessidade de pronta e imediata intervenção do Ministério Público, este, a seu exclusivo critério, poderá, inicialmente, provocar a iniciativa do Poder Público co-legitimado, zelando pela observância do prazo prescricional e, sendo proposta a ação, intervir nos autos respectivos como fiscal da lei, nada obstando que, em havendo omissão, venha a atuar posteriormente, inclusive contra a omissão, se for o caso.

§ 2º - No caso de a ação principal ter sido proposta pelo Ministério Público, a pessoa jurídica interessada integrará a lide na qualidade de litisconsorte, cabendo-lhe apresentar ou indicar os meios de prova de que disponha.

§ 3º.....
§ 4º.....
§ 5º.....
§ 6º.....
§ 7º.....
§ 8º.....
§ 9º.....
§ 10.....
§ 11.....
§ 12.....
§ 13.....
§ 14....."

g – O artigo 80 da Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003, passa a ter a seguinte redação:

Art. 80: "As ações individuais movidas pelo idoso serão propostas no foro de seu domicílio, cujo juízo terá competência absoluta para processar e julgar a causa".

Art. 51. Revogação – Revogam-se a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; os artigos 81 a 104 da Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990; o parágrafo 3º do artigo 5º da Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965; os artigos 3º, 4º, 5º, 6º e 7º da Lei n. 7.853, de 24 de outubro de 1989; o artigo 3º da Lei n. 7.913, de 7 de dezembro de 1989; os artigos 210, 211, 212, 213, 215, 217, 218, 219, 222, 223 e 224 da Lei n. 8.069, de 13 de junho de 1990; o artigo 2º da Lei n. 9.494, de 10 de setembro de 1997; e os artigos 81, 82, 83, 85, 91, 92 e 93 da Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003.

Art. 52. Vigência - Este Código entrará em vigor dentro de cento e oitenta dias a contar de sua publicação.

Dezembro de 2006.

[vii] **ANTEPROJETO DE CÓDIGO BRASILEIRO DE PROCESSOS COLETIVOS – UERJ/UNESA (RJ) – 2005**

PARTE I – DAS AÇÕES COLETIVAS EM GERAL

Capítulo I – Da tutela coletiva

Art. 1º. Da tutela jurisdicional coletiva Para a defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos são admissíveis, além das previstas neste Código, todas as espécies de ações e provimentos capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.

Art. 2º. Objeto da tutela coletiva A ação coletiva será exercida para a tutela de:
I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;
III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os direitos subjetivos decorrentes de origem comum.

Parágrafo único - Não se admitirá ação coletiva que tenha como pedido a declaração de inconstitucionalidade, mas esta poderá ser objeto de questão prejudicial, pela via do controle difuso.

Capítulo II – Dos pressupostos processuais e das condições da ação

Seção I – Do órgão judiciário

Art. 3º. Competência territorial É competente para a causa o foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano.

§1º. Em caso de abrangência de mais de um foro, determinar-se-á a competência pela prevenção, aplicando-se as regras pertinentes de organização judiciária.

§ 2º. Em caso de dano de âmbito nacional, serão competentes os foros das capitais dos estados e do distrito federal.

Redação aprovada na UNESA: Art. 3º. Competência territorial É competente para a causa o foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano.

Parágrafo único. Em caso de abrangência de mais de um foro, determinar-se-á a competência pela prevenção, aplicando-se as regras pertinentes de organização judiciária.

Art. 4º. Prioridade de processamento O juiz dará prioridade ao processamento da ação coletiva.

Art. 5º. Juízos especializados As ações coletivas serão processadas e julgadas em juízos especializados, quando existentes.
Art. 6º. Conexão Se houver conexão entre causas coletivas, de qualquer espécie, ficará prevento o juízo perante o qual a demanda foi distribuída em primeiro lugar, devendo o juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar a reunião de todos os processos, mesmo que nestes não atuem integralmente os mesmos sujeitos processuais.

SEÇÃO II – DA LITISPENDÊNCIA E DA CONTINÊNCIA

Art. 7º. Litispendência e continência A primeira ação coletiva induz litispendência para as demais ações coletivas que tenham o mesmo pedido, causa de pedir e interessados.

§ 1º. Estando o objeto da ação posteriormente proposta contido no da primeira, será extinto o processo ulterior sem o julgamento do mérito.

§ 2º. Sendo o objeto da ação posteriormente proposta mais abrangente, o processo ulterior prosseguirá tão somente para a apreciação do pedido não contido na primeira demanda, devendo haver a reunião dos processos perante o juiz prevento em caso de conexão.

§ 3º. Ocorrendo qualquer das hipóteses previstas neste artigo, as partes poderão requerer a extração ou remessa de peças processuais, com o objetivo de instruir o primeiro processo instaurado.

SEÇÃO III – DAS CONDIÇÕES ESPECÍFICAS DA AÇÃO COLETIVA E DA LEGITIMAÇÃO ATIVA

Art. 8º. Requisitos específicos da ação coletiva São requisitos específicos da ação coletiva, a serem aferidos em decisão especificamente motivada pelo juiz:

I – a adequada representatividade do legitimado;

II – a relevância social da tutela coletiva, caracterizada pela natureza do bem jurídico, pelas características da lesão ou pelo elevado número de pessoas atingidas.

§ 1º. Na análise da representatividade adequada o juiz deverá examinar dados como:

a) a credibilidade, capacidade e experiência do legitimado;
b) seu histórico de proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos dos membros do grupo, categoria ou classe;
c) sua conduta em outros processos coletivos;
d) a coincidência entre os interesses do legitimado e o objeto da demanda;
e) o tempo de instituição da associação e a representatividade desta ou da pessoa física perante o grupo, categoria ou classe.

§ 2º. O juiz analisará a existência do requisito da representatividade adequada a qualquer tempo e em qualquer grau do procedimento, aplicando, se for o caso, o disposto no parágrafo 3º. do artigo seguinte.

Art. 9º. Legitimação ativa São legitimados concorrentemente à ação coletiva:

I – qualquer pessoa física, para a defesa dos direitos ou interesses difusos;

II – o membro do grupo, categoria ou classe, para a defesa dos direitos ou interesses coletivos e individuais homogêneos;

III – o Ministério Público, para a defesa dos direitos ou interesses difusos e coletivos, bem como dos individuais homogêneos de interesse social;

IV – a Defensoria Pública, para a defesa dos direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, quando os interessados forem, predominantemente, hipossuficientes;

V – as pessoas jurídicas de direito público interno, para a defesa dos direitos ou interesses difusos e coletivos relacionados às suas funções;

VI – as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos direitos ou interesses protegidos por este código;

VII – as entidades sindicais, para a defesa dos direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos ligados à categoria;

VIII – os partidos políticos com representação no Congresso Nacional, nas Assembléias Legislativas ou nas Câmaras Municipais, conforme o âmbito do objeto da demanda, para a defesa de direitos e interesses ligados a seus fins institucionais;

IX – as associações legalmente constituídas e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos direitos ou interesses protegidos neste código, dispensada a autorização assemblear.

§ 1º. Será admitido o litisconsórcio facultativo entre os legitimados.

§ 2º. Em caso de interesse social, o Ministério Público, se não ajuizar a ação ou não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei.

§ 3º. Em caso de inexistência inicial ou superveniente do requisito da representatividade adequada, de desistência infundada ou abandono da ação, o juiz notificará o Ministério Público, observado o disposto no inciso III, e, na medida do possível, outros legitimados adequados para o caso, a fim de que assumam, querendo, a titularidade da ação. Havendo inércia do Ministério Público, aplica-se o disposto no parágrafo único do artigo 10 deste código.

Capítulo III – Da comunicação sobre processos repetitivos, do inquérito civil e do compromisso de ajustamento de conduta

Art. 10 Comunicação sobre processos repetitivos O juiz, tendo conhecimento da existência de diversos processos individuais correndo contra o mesmo demandado, com idêntico fundamento, comunicará o fato ao Ministério Público e, na medida do possível, a outros legitimados (art. 9º), a fim de que proponham, querendo, ação coletiva.

Parágrafo único – Caso o Ministério Público não promova a ação coletiva, no prazo de 90 (noventa) dias, fará a remessa do expediente recebido ao órgão com atribuição para a homologação ou rejeição da promoção de arquivamento do inquérito civil, para que, do mesmo modo, delibere em relação à propositura ou não da ação coletiva.

Art.11 Inquérito civil. O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, nos termos do disposto em sua Lei Orgânica.

§ 1º. Se o órgão do Ministério Público, esgotadas todas as diligências, se convencer da inexistência de fundamento para a propositura da ação, promoverá o arquivamento dos autos do inquérito civil ou das peças informativas, fazendo-o fundamentadamente.

§ 2º. Os autos do inquérito civil ou das peças informativas arquivadas serão remetidos, sob pena de se incorrer em falta grave, no prazo de 10 (dez) dias, ao órgão com atribuição para homologação, na forma da Lei Orgânica.

§ 3º. Até que, em sessão do órgão com atribuição para homologação, seja homologada ou rejeitada a promoção, poderão os interessados apresentar razões escritas e documentos, que serão juntados aos autos do inquérito ou anexados às peças de informação.

§ 4º. Deixando o órgão com atribuição de homologar a promoção de arquivamento, designará, desde logo, outro membro do Ministério Público para o ajuizamento da ação.

Art. 12 Compromisso de ajustamento de conduta O Ministério Público e os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial, sem prejuízo da possibilidade de homologação judicial do compromisso, se assim requererem as partes.

Parágrafo único – Quando o compromisso de ajustamento for tomado por legitimado que não seja o Ministério Público, este deverá ser cientificado para que funcione como fiscal.

Capítulo IV – Da postulação

Art. 13 Custas e honorários Os autores da ação coletiva não adiantarão custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem serão condenados, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogados, custas e despesas processuais.

§ 1º. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença condenará o demandado, se vencido, nas custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, bem como em honorários de advogados.

§ 2º. No cálculo dos honorários, o juiz levará em consideração a vantagem para o grupo, categoria ou classe, a quantidade e qualidade do trabalho desenvolvido pelo advogado e a complexidade da causa.

§ 3º. Se o legitimado for pessoa física, sindicato ou associação, o juiz poderá fixar gratificação financeira quando sua atuação tiver sido relevante na condução e êxito da ação coletiva.

§ 4º O litigante de má-fé e os responsáveis pelos respectivos atos serão solidariamente condenados ao pagamento das despesas processuais, em honorários advocatícios e até o décuplo das custas, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos.

Art. 14 Da instrução da inicial Para instruir a inicial, o legitimado, sem prejuízo das prerrogativas do Ministério Público, poderá requerer às autoridades competentes as certidões e informações que julgar necessárias.

§ 1º. As certidões e informações deverão ser fornecidas dentro de 15 (quinze) dias da entrega, sob recibo, dos respectivos requerimentos, e só poderão ser utilizadas para a instrução da ação coletiva.

§ 2º. Somente nos casos em que o sigilo for exigido para a defesa da intimidade ou do interesse social poderá ser negada a certidão ou informação.

§ 3º. Ocorrendo a hipótese do parágrafo anterior, a ação poderá ser proposta desacompanhada das certidões ou informações negadas, cabendo ao juiz, após apreciar os motivos do indeferimento, requisitá-las; feita a requisição, o processo correrá em segredo de justiça.

Art. 15 Pedido O juiz permitirá, até a decisão saneadora, a ampliação ou adaptação do objeto do processo, desde que, realizada de boa-fé, não represente prejuízo injustificado à parte contrária, à celeridade e ao bom andamento do processo e o contraditório seja preservado.

Art 16 Contraditório para as medidas antecipatórias Para a concessão de liminar ou de tutela antecipada nas ações coletivas, o juiz poderá ouvir, se entender conveniente e não houver prejuízo para a efetividade da medida, a parte contrária, que deverá se pronunciar no prazo de 72 (setenta e duas) horas.

Art. 17 Efeitos da citação A citação válida para a ação coletiva interrompe o prazo de prescrição das pretensões individuais e transindividuais relacionadas com a controvérsia, retroagindo o efeito à data da propositura da demanda.

Art. 18 Audiência preliminar Encerrada a fase postulatória, o juiz designará audiência preliminar, à qual comparecerão as partes ou seus procuradores, habilitados a transigir.

§ 1º. O juiz ouvirá as partes sobre os motivos e fundamentos da demanda e tentará a conciliação, sem prejuízo de sugerir outras formas adequadas de solução do conflito, como a mediação, a arbitragem e a avaliação neutra de terceiro.

§ 2º. A avaliação neutra de terceiro, de confiança das partes, obtida no prazo fixado pelo juiz, é sigilosa, inclusive para esse, e não vinculante para as partes, sendo sua finalidade exclusiva a de orientá-las na tentativa de composição amigável do conflito.

§ 3º. Preservada a indisponibilidade do bem jurídico coletivo, as partes poderão transigir sobre o modo de cumprimento da obrigação.

§ 4º. Obtida a transação, será homologada por sentença, que constituirá título executivo judicial.

§ 5º. Não obtida a conciliação, sendo ela parcial, ou quando, por qualquer motivo, não for adotado outro meio de solução do conflito, o juiz, fundamentadamente:

I – decidirá se a ação tem condições de prosseguir na forma coletiva, certificando-a como coletiva;

II – poderá separar os pedidos em ações coletivas distintas, voltadas à tutela, respectivamente, dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, desde que a separação represente economia processual ou facilite a condução do processo;

III – fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se for o caso;

IV – esclarecerá os encargos das partes quanto à distribuição do ônus da prova, de acordo com o disposto no parágrafo 1º. do artigo seguinte.

CAPÍTULO V – DA PROVA

Art. 19 Provas São admissíveis em juízo todos os meios de prova, desde que obtidos por meios lícitos, incluindo a prova estatística ou por amostragem.

§ 1º. O ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração, cabendo ao juiz deliberar sobre a distribuição do ônus da prova por ocasião da decisão saneadora.

§ 2º. Durante a fase instrutória, surgindo modificação de fato ou de direito relevante para o julgamento da causa, o juiz poderá rever, em decisão motivada, a distribuição do ônus da prova, concedendo à parte a quem for atribuída a incumbência prazo razoável para a produção da prova, observado o contraditório em relação à parte contrária.

§ 3º. O juiz poderá determinar de ofício a produção de provas, observado o contraditório.

CAPÍTULO VI – DO JULGAMENTO, DO RECURSO E DA COISA JULGADA

Art. 20 Motivação das decisões judiciárias Todas as decisões deverão ser especificamente fundamentadas, especialmente quanto aos conceitos jurídicos indeterminados.

Parágrafo único Na sentença de improcedência, o juiz deverá explicitar, no dispositivo, se rejeita a demanda por insuficiência de provas.

Art. 21 Efeitos do recurso da sentença O recurso interposto contra a sentença tem efeito meramente devolutivo, salvo quando a fundamentação for relevante e puder resultar à parte lesão grave e de difícil reparação, hipótese em que o juiz pode atribuir ao recurso efeito suspensivo.

Art. 22 Coisa julgada Nas ações coletivas a sentença fará coisa julgada *erga omnes*, salvo quando o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas.

§ 1º. Os efeitos da coisa julgada para a defesa de interesses difusos e coletivos em sentido estrito ficam adstritos ao plano coletivo, não prejudicando interesses e direitos individuais homogêneos reflexos.

§ 2º. Os efeitos da coisa julgada em relação aos interesses ou direitos difusos e coletivos não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas coletiva ou individualmente, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos do art.37 e seguintes.

§ 3º. Na hipótese dos interesses ou direitos individuais homogêneos, apenas não estarão vinculados ao pronunciamento coletivo os titulares de interesses ou direitos que tiverem exercido tempestiva e regularmente o direito de ação ou exclusão.

§ 4º. A competência territorial do órgão julgador não representará limitação para a coisa julgada *erga omnes*.

CAPÍTULO VII – DAS OBRIGAÇÕES ESPECÍFICAS

Art. 23 Obrigações de fazer e não fazer Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 1º. O juiz poderá, na hipótese de antecipação de tutela ou na sentença, impor multa diária ao demandado, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§ 2º. O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva.

§ 3º. Para a tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz determinar as medidas necessárias, tais como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além da requisição de força policial.

§4º. A conversão da obrigação em perdas e danos somente será admissível se por elas optar o autor ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

§ 5º. A indenização por perdas e danos se fará sem prejuízo da multa.

Art. 24 Obrigações de dar Na ação que tenha por objeto a obrigação de entregar coisa, determinada ou indeterminada, aplicam-se, no que couber, as disposições do artigo anterior.

Art. 25 Ação indenizatória Na ação condenatória à reparação dos danos provocados ao bem indivisivelmente considerado, a indenização reverterá ao Fundo dos Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos, de natureza federal ou estadual, de acordo com o bem ou interesse afetado.

§ 1º. Dependendo da especificidade do bem jurídico afetado, da extensão territorial abrangida e de outras circunstâncias consideradas relevantes, o juiz poderá especificar, em decisão fundamentada, a destinação da indenização e as providências a serem tomadas para a reconstituição dos bens lesados, podendo indicar a realização de atividades tendentes a minimizar a lesão ou a evitar que se repita, dentre outras que beneficiem o bem jurídico prejudicado.

§ 2º. A decisão que especificar a destinação da indenização indicará, de modo claro e preciso, as medidas a serem tomadas pelo Conselho Gestor do Fundo, bem como um prazo razoável para que tais medidas sejam concretizadas.

§ 3º. Vencido o prazo fixado pelo juiz, o Conselho Gestor do Fundo apresentará relatório das atividades realizadas, facultada, conforme o caso, a solicitação de sua prorrogação, para completar as medidas determinadas na decisão judicial.

§ 4º. Aplica-se ao descumprimento injustificado dos parágrafos 2º. e 3º. o disposto no parágrafo 2º. do artigo 29.

CAPÍTULO VIII – DA LIQUIDAÇÃO E DA EXECUÇÃO

Art. 26 Legitimação à liquidação e execução da sentença condenatória Decorridos 60 (sessenta) dias da passagem em julgado da sentença de procedência, sem que o autor da ação coletiva promova a liquidação ou execução coletiva, deverá fazê-lo o Ministério Público, quando se tratar de interesse público, facultada igual iniciativa, em todos os casos, aos demais legitimados.

Art. 27 Execução definitiva e execução provisória A execução é definitiva quando passada em julgado a sentença; e provisória, na pendência dos recursos cabíveis.

§ 1º. A execução provisória corre por conta e risco do exeqüente, que responde pelos prejuízos causados ao executado, em caso de reforma da sentença recorrida.

§ 2º. A execução provisória não impede a prática de atos que importem em alienação do domínio ou levantamento do depósito em dinheiro.

§ 3º. A pedido do executado, o juiz pode suspender a execução provisória quando dela puder resultar lesão grave e de difícil reparação.

Capítulo IX – Do cadastro nacional de processos coletivos e do Fundo de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos

Art. 28 Cadastro nacional de processos coletivos O Conselho Nacional de Justiça organizará e manterá o cadastro nacional de processos coletivos, com a finalidade de permitir que todos os órgãos do Poder Judiciário e todos os interessados tenham conhecimento da existência das ações coletivas, facilitando a sua publicidade e o exercício do direito de exclusão.

§ 1°. Os órgãos judiciários aos quais forem distribuídas ações coletivas remeterão, no prazo de dez dias, cópia da petição inicial ao cadastro nacional de processos coletivos.

§ 2°. O Conselho Nacional de Justiça editará regulamento dispondo sobre o funcionamento do cadastro nacional de processos coletivos, em especial a forma de comunicação pelos juízos quanto à existência das ações coletivas e aos atos processuais mais relevantes, como a concessão de antecipação de tutela, a sentença e o trânsito em julgado; disciplinará, ainda, sobre os meios adequados a viabilizar o acesso aos dados e o acompanhamento daquelas por qualquer interessado.

Art. 29 Fundo dos Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos O fundo será administrado por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais, de que participarão necessariamente membros do Ministério Público, juízes e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados ou, não sendo possível, à realização de atividades tendentes a minimizar a lesão ou a evitar que se repita, dentre outras que beneficiem o bem jurídico prejudicado.

§ 1º. Além da indenização oriunda de sentença condenatória, nos termos do disposto no caput do art. 25, constituem também receitas do Fundo o produto da arrecadação de multas judiciais e da indenização devida quando não for possível o cumprimento da obrigação pactuada em termo de ajustamento de conduta.

§ 2º. O representante legal do Fundo, considerado servidor público para efeitos legais, responderá por sua atuação nas esferas administrativa, penal e civil.

§ 3º. O Fundo será notificado da propositura de toda ação coletiva e da decisão final do processo.

§ 4º. O Fundo manterá e divulgará registros que especifiquem a origem e a destinação dos recursos e indicará a variedade dos bens jurídicos a serem tutelados e seu âmbito regional.

§ 5º. Semestralmente, o Fundo dará publicidade às suas demonstrações financeiras e atividades desenvolvidas.

PARTE II – DAS AÇÕES COLETIVAS PARA A DEFESA DOS DIREITOS OU INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

Art. 30 Da ação coletiva para a defesa dos direitos ou interesses individuais homogêneos Para a tutela dos interesses ou direitos individuais homogêneos, além dos requisitos indicados no art.8º. deste Código, é necessária a aferição da predominância das questões comuns sobre as individuais e da utilidade da tutela coletiva no caso concreto.

Art. 31 Determinação dos interessados A determinação dos interessados poderá ocorrer no momento da liquidação ou execução do julgado, não havendo necessidade de a petição inicial estar acompanhada da relação dos membros do grupo, classe ou categoria. Conforme o caso, poderá o juiz determinar, ao réu ou a terceiro, a apresentação da relação e dados de pessoas que se enquadram no grupo, categoria ou classe.

Art. 32 Citação e notificações Estando em termos a petição inicial, o juiz ordenará a citação do réu, a publicação de edital no órgão oficial e a comunicação dos interessados, titulares dos direitos ou interesses individuais homogêneos objeto da ação coletiva, para que possam exercer no prazo fixado seu direito de exclusão em relação ao processo coletivo, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social.

§ 1º. Não sendo fixado pelo juiz o prazo acima mencionado, o direito de exclusão poderá ser exercido até a publicação da sentença no processo coletivo.

§ 2º. A comunicação prevista no *caput* poderá ser feita pelo correio, por oficial de justiça, por edital ou por inserção em outro meio de comunicação ou informação, como contracheque, conta, fatura, extrato bancário e outros, sem obrigatoriedade de identificação nominal dos destinatários, que poderão ser caracterizados enquanto titulares dos mencionados interesses, fazendo-se referência à ação e às partes, bem como ao pedido e à causa de pedir, observado o critério da modicidade do custo.

Art. 33 Relação entre ação coletiva e ações individuais O ajuizamento ou prosseguimento da ação individual versando sobre direito ou interesse que esteja sendo objeto de ação coletiva pressupõe a exclusão tempestiva e regular desta.

§ 1º. O ajuizamento da ação coletiva ensejará a suspensão, por trinta dias, a contar da ciência efetiva desta, dos processos individuais em tramitação que versem sobre direito ou interesse que esteja sendo objeto no processo coletivo.

§ 2º. Dentro do prazo previsto no parágrafo anterior, os autores das ações individuais poderão requerer, nos autos do processo individual, sob pena de extinção sem julgamento do mérito, que os efeitos das decisões proferidas na ação coletiva não lhes sejam aplicáveis, optando, assim, pelo prosseguimento do processo individual.

§ 3º. Os interessados que, quando da comunicação, não possuírem ação individual ajuizada e não desejarem ser alcançados pelos efeitos das decisões proferidas na ação coletiva poderão optar entre o requerimento de exclusão ou o ajuizamento da ação individual no prazo assinalado, hipótese que equivalerá à manifestação expressa de exclusão.

§ 4º. Não tendo o juiz deliberado acerca da forma de exclusão, esta ocorrerá mediante simples manifestação dirigida ao juiz do respectivo processo coletivo ou ao órgão incumbido de realizar a nível nacional o registro das ações coletivas, que poderão se utilizar eventualmente de sistema integrado de protocolo.

§ 5º. O requerimento de exclusão, devida e tempestivamente protocolizado, consistirá em documento indispensável para a propositura de ulterior demanda individual.

Art. 34 Assistência Os titulares dos direitos ou interesses individuais homogêneos poderão intervir no processo como assistentes, sendo-lhes vedado discutir suas pretensões individuais no processo coletivo de conhecimento.

Art. 35 Efeitos da transação As partes poderão transacionar, ressalvada aos membros do grupo, categoria ou classe a faculdade de se desvincularem da transação, dentro do prazo fixado pelo juiz.

Parágrafo único – Os titulares dos direitos ou interesses individuais homogêneos serão comunicados, nos termos do art. 32, para que possam exercer o seu direito de exclusão, em prazo não inferior a 60 (sessenta) dias.

Art. 36 Sentença condenatória Sempre que possível, em caso de procedência do pedido, o juiz fixará na sentença do processo coletivo o valor da indenização individual devida a cada membro do grupo, categoria ou classe.

§ 1º. Quando o valor dos danos sofridos pelos membros do grupo, categoria ou classe for uniforme, prevalentemente uniforme ou puder ser reduzido a uma fórmula matemática, a sentença coletiva indicará o valor ou a fórmula do cálculo da indenização individual.

§ 2º. Não sendo possível a prolação de sentença coletiva líquida, a condenação poderá ser genérica, fixando a responsabilidade do demandado pelos danos causados e o dever de indenizar.

Art. 37 Competência para a liquidação e a execução É competente para a liquidação e a execução o juízo:

I – da ação condenatória, quando coletiva a liquidação ou a execução;

II – do domicílio do demandado ou do demandante individual, no caso de liquidação ou execução individual.

Art. 38 Liquidação e execução coletivas Sempre que possível, a liquidação e a execução serão coletivas, sendo promovidas pelos legitimados à ação coletiva.

Art. 39 Pagamento Quando a execução for coletiva, os valores destinados ao pagamento das indenizações individuais serão depositados em instituição bancária oficial, abrindo-se conta remunerada e individualizada para cada beneficiário; os respectivos saques, sem expedição de alvará, reger-se-ão pelas normas aplicáveis aos depósitos bancários e estarão sujeitos à retenção de imposto de renda na fonte, nos termos da lei.

Art. 40 Liquidação e execução individuais Quando não for possível a liquidação coletiva, a fixação dos danos e respectiva execução poderão ser promovidas individualmente.

§ 1º. Na liquidação de sentença, caberá ao liquidante provar, tão só, o dano pessoal, o nexo de causalidade e o montante da indenização.

§ 2º. Decorrido o prazo de um ano sem que tenha sido promovido um número de liquidações individuais compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados coletivos promover a liquidação e a execução coletiva da indenização devida pelos danos causados, hipótese em que:

I – O prazo previsto neste parágrafo prevalece sobre os prazos prescricionais aplicáveis à execução da sentença;

II – O valor da indenização será fixado de acordo com o dano globalmente causado, que será demonstrado por todas as provas admitidas em direito. Sendo a produção de provas difícil ou impossível, em razão da extensão do dano ou de sua complexidade, o valor da indenização será fixado por arbitramento;

III – Quando não for possível a identificação dos interessados, o produto da indenização reverterá para o Fundo dos Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos.

Art. 41 Concurso de créditos Em caso de concurso de créditos decorrentes de condenação de que trata o artigo 25 e de indenizações pelos prejuízos individuais resultantes do mesmo evento danoso, estes terão preferência no pagamento.

Parágrafo único – Para efeito do disposto neste artigo, a destinação da importância recolhida ao Fundo ficará sustada enquanto pendentes de decisão de segundo grau as ações de indenização pelos danos individuais, salvo na hipótese de o patrimônio do devedor ser manifestamente suficiente para responder pela integralidade das dívidas.

PARTE III – DA AÇÃO COLETIVA PASSIVA

Art. 42 Ação contra o grupo, categoria ou classe Qualquer espécie de ação pode ser proposta contra uma coletividade organizada ou que tenha representante adequado, nos termos do parágrafo 1º. do artigo 8º, e desde que o bem jurídico a ser tutelado seja transindividual (art. 2º.) e se revista de interesse social.

Art. 43 Coisa julgada passiva A coisa julgada atuará *erga omnes*, vinculando os membros do grupo, categoria ou classe.

Art. 44 Aplicação complementar à ação coletiva passiva Aplica-se complementarmente à ação coletiva passiva o disposto neste código quanto à ação coletiva ativa, no que não for incompatível.

PARTE IV – PROCEDIMENTOS ESPECIAIS

Capítulo I – Do mandado de segurança coletivo

Art. 45 Cabimento Conceder-se-á mandado de segurança coletivo, nos termos dos incisos LXIX e LXX do artigo 5º. da Constituição Federal, para proteger direito líquido e certo relativo a interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos (art. 2º.).

Art. 46 Disposições aplicáveis Aplica-se ao mandado de segurança coletivo o disposto neste código, inclusive no tocante às custas e honorários (art. 16), e na lei 1533/51, no que não for incompatível.

CAPÍTULO II – DO MANDADO DE INJUNÇÃO COLETIVO

Art. 47 Cabimento Conceder-se-á mandado de injunção coletivo sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania, à cidadania, relativamente a direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Art. 48 Competência É competente para processar e julgar o mandado de injunção coletivo:

I - o Supremo Tribunal Federal, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, da Mesa de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal.

Parágrafo Único – Compete também ao Supremo Tribunal Federal julgar, em recurso ordinário, o mandado de injunção decidido em única ou última instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão.

II - o Superior Tribunal de Justiça, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal.

III - O Tribunal de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de Governador, Assembléia Legislativa, Tribunal de Contas local, do próprio Tribunal de Justiça, de órgão, entidade ou autoridades estadual ou distrital, da administração direta ou indireta.

Art. 49 Legitimação passiva O mandado de injunção coletivo será impetrado, em litisconsórcio obrigatório, em face da autoridade ou órgão público competente para a edição da norma regulamentadora; e ainda da pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, que, por inexistência de norma regulamentadora, impossibilite o exercício dos direitos e liberdades constitucionais relativos a interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

Art. 50 Edição superveniente da norma regulamentadora Se a norma regulamentadora for editada no curso do mandado de injunção coletivo, o órgão jurisdicional apurará acerca da existência ainda de matéria não regulada, referente a efeitos pretéritos do dispositivo constitucional tardiamente regulado, prosseguindo, se for a hipótese, para julgamento da parte remanescente.

§ 1º Dispondo a norma regulamentadora editada no curso do mandado de injunção coletivo inclusive quanto ao período em que se verificara a omissão legislativa constitucionalmente relevante, o processo será extinto sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, VI do Código de Processo Civil, ficando o autor coletivo dispensando do pagamento de custas, despesas e honorários advocatícios.

§ 2º A norma regulamentadora, editada após o ajuizamento do mandado de injunção coletivo, respeitará os efeitos de eventual decisão judicial provisória ou definitiva proferida, mas será aplicada às projeções futuras da relação jurídica objeto de apreciação jurisdicional.

Art. 51 Sentença A sentença que conceder o mandado de injunção coletivo:

I – comunicará a caracterização da mora legislativa constitucionalmente qualificada ao Poder competente, para a adoção, no prazo que fixar, das providências necessárias;

II – formulará, com base na equidade, a norma regulamentadora e, no mesmo julgamento, a aplicará ao caso concreto, determinando as obrigações a serem cumpridas pelo legitimado passivo para o efetivo exercício das liberdades e prerrogativas constitucionais dos integrantes do grupo, categoria ou classe.

§ 1º A parcela do dispositivo que se revista do conteúdo previsto no inciso II se prolata sob condição suspensiva, a saber, transcurso *in albis* do prazo assinalado a teor do inciso I, para superação da omissão legislativa constitucionalmente relevante reconhecida como havida.

§ 2º Na sentença, o juiz poderá fixar multa diária para o réu que incida, eventualmente, em descumprimento da norma regulamentadora aplicada ao caso concreto, independentemente do pedido do autor.

Art. 52 Disposições aplicáveis Aplica-se ao mandado de injunção coletivo o disposto neste código, inclusive no tocante às custas e honorários (art. 16), quando compatível.

CAPÍTULO III – DA AÇÃO POPULAR

Art. 53 Disposições aplicáveis Aplica-se à ação popular o disposto na lei 4717/65, bem como o previsto neste código, no que for compatível.

CAPÍTULO IV – DA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Art. 54 Disposições aplicáveis Aplica-se à ação de improbidade administrativa o disposto na lei 8429/92, bem como o previsto neste código, no que for compatível.

PARTE V – DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 55 Princípios de interpretação Este código será interpretado de forma aberta e flexível, compatível com a tutela coletiva dos interesses e direitos de que trata.

Art. 56 Aplicação subsidiária do Código de Processo Civil Aplicam-se subsidiariamente às ações coletivas, no que não forem incompatíveis, as disposições do Código de Processo Civil.

Art. 57 Nova redação Dê-se nova redação aos artigos de leis abaixo indicados:

a) o inciso VIII do artigo 6º. da lei 8078/90 passa a ter a seguinte redação:

art. 6º. inciso VIII – a facilitação da defesa dos seus direitos, incumbindo o ônus da prova à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração.

b) o artigo 80 da lei 10741/2003 passa a ter a seguinte redação:

art. 80 – as ações individuais movidas pelo idoso poderão ser propostas no foro do seu domicílio.

Art. 58 Revogação Revogam-se a Lei 7347, de 24 de julho de 1985; os artigos 81 a 104 da Lei 8078/90, de 11 de setembro de 1990; o parágrafo 3º do artigo 5º da Lei 4717, de 29 de junho de 1965; os artigos 3º, 4º, 5º, 6º e 7º da Lei 7853, de 24 de outubro de 1989; o artigo 3º da Lei 7913, de 7 de dezembro de 1989; os artigos 210, 211, 212, 213, 215, 217, 218, 219, 222, 223 e 224 da Lei 8069, de 13 de junho de 1990; o artigo 2ºA da Lei 9494, de 10 de setembro de 1997; e os artigos 81, 82, 83, 85, 91, 92 e 93 da Lei 10741, de 1º de outubro de 2003.

Art. 59 Instalação dos órgãos especializados A União, no prazo de um ano, a contar da publicação deste código, e os Estados criarão e instalarão órgãos especializados, em primeira e segunda instância, para o processamento e julgamento de ações coletivas.

Art. 60 Vigência Este código entrará em vigor dentro de um ano a contar de sua publicação.

Agosto de 2005.