

*REVISTA  
ELETRÔNICA  
DE  
DIREITO  
PROCESSUAL*

[www.redp.com.br](http://www.redp.com.br)

**Ano 2. Volume II**

**Janeiro a Dezembro de 2008**

**ISSN 1982-7636**

**Rio de Janeiro**

## SUMÁRIO

A AÇÃO DE USUCAPIÃO URBANA DO ESTATUTO DA CIDADE <i>LEONARDO GRECO</i> .....	4
A MEDIAÇÃO E A SOLUÇÃO DOS CONFLITOS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. O “JUIZ HERMES” E A NOVA DIMENSÃO DA FUNÇÃO JURISDICIONAL <i>HUMBERTO DALLA BERNARDINA DE PINHO</i> <i>KAROL ARAÚJO DURÇO</i> .....	20
IMPARCIALIDADE DOS ÁRBITROS: UM EXAME À LUZ DE PRECEDENTES JUDICIAIS <i>ANA CAROLINA WEBER</i> .....	55
O IMPACTO DA INFORMATIZAÇÃO JUDICIAL SOBRE OS PRINCÍPIOS DO PROCESSO CIVIL <i>BRUNO DA COSTA ARONNE</i> .....	77
A ARBITRAGEM ENVOLVENDO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O PROCESSO DE HOMOLOGAÇÃO DA SENTENÇA ARBITRAL ESTRANGEIRA NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA <i>DANIEL COELHO</i> .....	98
A ARBITRAGEM NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO <i>FELIPPE BORRING ROCHA</i> .....	109
A DESJUDICIALIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO DE REGISTRO TARDIO DE NASCIMENTO. INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI FEDERAL Nº 11.790/08. <i>FLÁVIA PEREIRA HILL</i> .....	123
DIREITO FORDISTA E CONCILIAÇÃO <i>HENRIQUE GUELBER DE MENDONÇA</i> .....	134
A EFICÁCIA DA DECISÃO ENVOLVENDO A REPERCUSSÃO GERAL E OS NOVOS PODERES DOS RELATORES E DOS TRIBUNAIS LOCAIS <i>JOSÉ HENRIQUE MOUTA ARAÚJO</i> .....	163

BREVE RELATO HISTÓRICO DAS REFORMAS PROCESSUAIS NA ITÁLIA. UM PROBLEMA CONSTANTE: A LENTIDÃO DOS PROCESSOS CÍVEIS

*LEONARDO FARIA SCHENK*.....181

ALGUNAS CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA APLICACIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO EN ESPAÑA

*LUIS AMEZCUA* .....203

A CONSTITUIÇÃO E AS INTERVENÇÕES CORPORAIS NO PROCESSO PENAL: EXISTIRÁ ALGO ALÉM DO CORPO?

*LUIS GUSTAVO GRANDINETTI CASTANHO DE CARVALHO*.....215

O PROCEDIMENTO ARBITRAL E OS DIREITOS DAS PARTES A PARTIR DA EQUIDADE. A CRIAÇÃO DE PRECEDENTES PROCEDIMENTAIS.

*LUIZ FABIÃO GUASQUE* .....243

UN PASO MÁS HACIA LA DESJUDICIALIZACIÓN. LA DIRECTIVA EUROPEA 2008/52/CE SOBRE MEDIACIÓN EN ASUNTOS CIVILES Y MERCANTILES

*NURIA BELLOSO MARTÍN*.....257

A EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL DE CRÉDITOS DO SISTEMA DE FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO

*SAMIR JOSÉ CAETANO MARTINS*.....292

A DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO NA EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 45

*WALTER DOS SANTOS RODRIGUES* .....319

## A AÇÃO DE USUCAPIÃO URBANA DO ESTATUTO DA CIDADE

**Leonardo Greco**

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

Sumário: 1. Premissas básicas. 2. Natureza das ações. 3. Legitimidade. 4. O rito da ação. 5. A alegação da usucapião como defesa. 6. A suspensão de outras ações. 7. A gratuidade em favor do autor. 8. Considerações finais.

### 1. Premissas básicas

A Lei 10.257/2001, conhecida como *Estatuto da Cidade*, regulamentou os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelecendo “diretrizes gerais da política urbana”.

O artigo 182 da Carta Magna atribuiu a execução da política urbana ao Poder Público municipal e a mencionada lei, em seu artigo 4º, inciso V, letra j, incluiu entre os instrumentos dessa política a “usucapião especial de imóvel urbano”. Essa usucapião, como modalidade de aquisição da propriedade imóvel, teve os seus contornos definidos no artigo 183 da própria Constituição e foi regulamentada pelos artigos 9º a 14 da Lei 10.257/2001, que a subdividiu em usucapião individual (art. 9º) e usucapião coletiva (art. 10).

O estudo dessa nova ação impõe a fixação de algumas premissas, a primeira das quais é a de que a usucapião especial urbana, como modalidade de aquisição da propriedade privada, e a respectiva ação para o seu reconhecimento judicial, são, respectivamente, institutos de direito civil e de direito processual civil, sujeitos à legislação privativa da União (Constituição, art. 22, inciso I), exceto se lei complementar federal vier a conferir aos Estados competência nessas matérias (art. 22, parágrafo único). Isso significa que, não obstante todas as atribuições conferidas aos Estados e principalmente aos

Municípios em matéria de política urbana e apesar da expressa inclusão da usucapião especial entre os instrumentos dessa política pelo já mencionado artigo 4º do Estatuto da Cidade, os requisitos para o reconhecimento da aquisição da propriedade por essa modalidade de usucapião, as suas características e efeitos, assim como o correspondente processo judicial, são exclusivos da lei federal.

Segunda premissa que me parece essencial é a de que as figuras dos arts. 9º e 10 do Estatuto da Cidade constituem as modalidades individual e coletiva de usucapião especial urbana, ambas ao agasalho do art. 183 da Constituição, a cujos requisitos ambas se submetem, adotando, nas normas infra-constitucionais, algumas características específicas, enumeradas em relação a cada uma delas nos referidos artigos 9º e 10, mas assumindo, por outro lado, uma série de características aparentemente comuns, a que o legislador dedicou os artigos 11 a 14 do mesmo diploma.

Dispõe o artigo 183 da Constituição:

“Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º - O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§ 2º - Esse direito não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

§ 3º - Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.”

E os artigos 9º e 10 da Lei 10.257/2001, definindo respectivamente as modalidades individual e coletiva da usucapião especial urbana, estabelecem:

“Art. 9º Aquele que possuir como sua área ou edificação urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º O título de domínio será conferido ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§ 2º O direito de que trata este artigo não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

§ 3º Para os efeitos deste artigo, o herdeiro legítimo continua, de pleno direito, a posse de seu antecessor, desde que já resida no imóvel por ocasião da abertura da sucessão.

Art. 10. As áreas urbanas com mais de duzentos e cinqüenta metros quadrados, ocupadas por população de baixa renda para sua moradia, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, onde não for possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor, são susceptíveis de serem usucapidas coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º O possuidor pode, para o fim de contar o prazo exigido por este artigo, acrescentar sua posse à de seu antecessor, contanto que ambas sejam contínuas.

§ 2º A usucapião especial coletiva de imóvel urbano será declarada pelo juiz, mediante sentença, a qual servirá de título para registro no cartório de registro de imóveis.

§ 3º Na sentença, o juiz atribuirá igual fração ideal de terreno a cada possuidor, independentemente da dimensão do terreno que cada um ocupe, salvo hipótese de acordo escrito entre os condôminos, estabelecendo frações ideais diferenciadas.

§ 4º O condomínio especial constituído é indivisível, não sendo passível de extinção, salvo deliberação favorável tomada por, no mínimo, dois terços dos condôminos, no caso de execução de urbanização posterior à constituição do condomínio.

§ 5º As deliberações relativas à administração do condomínio especial serão tomadas por maioria de votos dos condôminos presentes, obrigando também os demais, discordantes ou ausentes.”

O artigo 9º da Lei reproduz integralmente o artigo 183 da Constituição, com explicitações com este perfeitamente compatíveis, a saber: no *caput*, ao lado da área urbana foi acrescentada a *edificação* urbana, expressão que visa a reconhecer que a usucapião não incide necessariamente sobre terreno, mas também sobre área edificada; no § 1º é excluída a menção à concessão de uso, que é objeto de legislação própria; e o § 3º explicita a possibilidade de soma do tempo de posse do antecessor e do sucessor hereditário que já resida no imóvel por ocasião da abertura da sucessão, o que está em consonância com o intuito de preservação da moradia da família, expresso no *caput*.

O artigo 10 reconhece que a usucapião urbana pode ser coletiva, ou seja, pode ser adquirida por um grupo de pessoas determinadas, desde que não seja possível identificar os terrenos (ou áreas) ocupados individualmente por cada um dos possuidores. De qualquer modo, como modalidade de usucapião urbana, a usucapião coletiva deve acomodar-se às características da usucapião urbana, estabelecidas no art. 183 da Carta Magna, o que impõe considerar:

a) que o mínimo global de área de duzentos e cinquenta metros quadrados não exclui o máximo individual de duzentos e cinquenta metros quadrados, o que se obtém através da aplicação deste limite à fração ideal que caberá a cada um dos condôminos, prevista no § 3º do art. 10;

b) que não poderão integrar o grupo de beneficiados indivíduos que já sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural;

c) que o reconhecimento da usucapião urbana, tanto sob a modalidade coletiva quanto individual, somente pode ocorrer uma vez em relação a qualquer possuidor;

Tanto a modalidade individual quanto a coletiva não se aplicam aos imóveis de propriedade das pessoas jurídicas de direito público (Constituição, art. 183, § 3º).

A terceira premissa é a de que ambas as modalidades dessa usucapião especial constituem instrumentos de uma política urbana de regularização fundiária e de urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda (Lei 10.257/2001, art. 2º, inciso XIV), tendo como beneficiárias pessoas que integram a chamada “população de baixa renda”, o que é expressamente mencionado no artigo 10 em relação à modalidade coletiva, mas também se aplica à modalidade individual, como consequência das

limitações impostas pela lei quanto à área usucapível e quanto à impossibilidade de utilização por proprietário de outro imóvel ou por quem já tenha anteriormente feito uso do benefício.

A quarta premissa, que terá importantes reflexos na disciplina processual do instituto, é a de que, definidas as suas duas modalidades nos artigos 9º e 10 da Lei específica, os demais artigos dessa seção do Estatuto da Cidade, a saber, os artigos 11 a 14, enunciam regras aparentemente comuns a ambas, cuja aplicação a uma ou a outra deve ser examinada cuidadosamente. Por outro lado, esses quatro artigos não esgotam a disciplina processual dessas ações, tornando necessário buscar no regime geral das ações civis, individuais ou coletivas, a complementação indispensável para a compreensão desses novos institutos.

Por fim, o estudo dessas ações não pode descuidar do exame da sua interação com outras ações, assim como da que pode existir entre a modalidade individual e a coletiva, pois, na mesma área, podem existir pessoas que pretendam o reconhecimento de uma usucapião individual, outras que postulem uma usucapião coletiva, outras que pretendam uma usucapião em parte individual e em parte coletiva e ainda outras que pretendam uma usucapião individual, mas somente consigam provar uma usucapião coletiva ou pretendam uma usucapião coletiva mas apenas consigam provar uma usucapião individual. Essa complexidade objetiva é um motivo suficientemente forte para não impor separação estanque entre o regime processual da usucapião individual e da usucapião coletiva, pois me parece que, do ponto de vista subjetivo de cada possuidor, a segunda, de um modo geral, pudesse ser entendida como um *minus* em relação à primeira, embora não se possa excluir de antemão que não seja o inverso, naquelas hipóteses em que ao possuidor individual mais interesse o reconhecimento de um condomínio do que de um direito individual, para dividir com os demais as obras e serviços de interesse comum.

## 2. Natureza das ações

A ação de usucapião urbana é uma ação real imobiliária que visa a um provimento jurisdicional de natureza preponderantemente declaratória<sup>1</sup>. É ação real imobiliária porque tem por fundamento o direito de propriedade sobre imóvel urbano. O provimento jurisdicional almejado é a declaração da aquisição da propriedade pelo decurso do tempo e pelo preenchimento dos demais pressupostos de direito material exigidos pela lei. Tanto na modalidade individual quanto na coletiva, a sentença de procedência terá como efeito secundário o registro da aquisição da propriedade. Na usucapião, o registro não transmite a propriedade, mas é necessário para dar publicidade à sua aquisição, tendo em vista que se trata de um direito absoluto. Por isso, embora mencionado apenas no dispositivo que trata da usucapião coletiva (art. 10, § 2º), esse efeito se aplica também à forma individual.

Na modalidade coletiva, essa sentença produzirá também o efeito secundário de constituir o condomínio especial a que se referem os §§ 3º a 5º do art. 10.

Nesta modalidade, a ação de usucapião urbana é uma ação coletiva, porque é uma ação que visa à tutela conjunta de interesses de um grupo de pessoas. Desde o advento do Código do Consumidor, que foi o diploma que com maior abundância regulou as ações coletivas, difundiu-se a classificação dos interesses a que elas se referem nas três categorias definidas no artigo 81, parágrafo único, daquele Código, em interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Examinadas objetivamente as três definições dessas espécies de interesses, parece que a ação de usucapião urbana coletiva teria por fundamento interesse coletivo *stricto sensu*, pois os diversos possuidores são pessoas ligadas entre si pela concorrência da posse de áreas indeterminadas de certo imóvel, tendo formado uma relação jurídica básica (propriedade) com o anterior proprietário. Sob outro prisma, a regularização fundiária e a urbanização das áreas de residência de populações de baixa renda estão mais próximas dos interesses difusos, pois beneficiam a qualidade de vida de um grupo de pessoas ligadas pela circunstância fática de viverem na mesma cidade.

---

<sup>1</sup> V. José dos Santos Carvalho Filho, *Comentários ao Estatuto da Cidade*, 3ª ed., Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009, p.135.

Entretanto, os interesses dos membros do grupo na usucapião coletiva não podem ser qualificados de transindividuais. Ao contrário, são interesses de pessoas determinadas que terão de comprovar individualmente o preenchimento dos requisitos da aquisição da propriedade. Alguns poderão ter o pedido de usucapião julgado procedente, enquanto outros não. Por outro lado, entre os próprios possuidores pode travar-se divergência sobre o direito de cada um ao reconhecimento da usucapião e à conseqüente participação no condomínio a ser formado. Na área há mais de cinco anos ocupada por certos possuidores (A, B e C) podem ter ingressado outros possuidores há menos tempo (D, E e F). Assim, se os últimos ingressarem como litisconsortes na ação coletiva anteriormente proposta pelos primeiros, estes poderão assumir a posição de réus em relação à pretensão daqueles, juntamente com o anterior proprietário. Sendo subjetivamente determinados os demandantes e os demandados, não colhe aplicar à coisa julgada a extensão subjetiva que às ações coletivas confere o artigo 103 do Código do Consumidor. Se depois do trânsito em julgado da sentença de procedência da ação de A, B e C, outros possuidores (D, E e F) completarem os requisitos para usucapir, poderão propor outra ação de usucapião coletiva contra os primeiros, sucessores do anterior proprietário, para que seja declarada a sua participação na propriedade coletiva, redefinindo-se a fração ideal que passará a caber a cada um deles e aos anteriores condôminos, pois a sentença que na ação primitiva declarou a propriedade de A, B e C, não terá adquirido a imutabilidade da coisa julgada em relação a D, E e F. Portanto, quanto à extensão subjetiva, a ação de usucapião urbana coletiva deve ser tratada como qualquer outra ação individual.

### 3. Legitimidade

Dispõe o *caput* do art. 12 da Lei 10.257/2001:

“Art. 12. São partes legítimas para a propositura da ação de usucapião especial urbana:

- I – o possuidor, isoladamente ou em litisconsórcio originário ou superveniente;
- II – os possuidores, em estado de comosse;

III – como substituto processual, a associação de moradores da comunidade, regularmente constituída, com personalidade jurídica, desde que explicitamente autorizada pelos representados.”

A ação individual de usucapião especial urbana tem como legitimados ativos ordinários os próprios possuidores que aspiram ao reconhecimento judicial da aquisição da propriedade privada em seu próprio favor. Cada possuidor é titular do seu próprio direito de ação, que pode exercer isoladamente ou em litisconsórcio inicial com outros possuidores de outros imóveis que também preencham os requisitos para o reconhecimento da usucapião, desde que verificada uma das hipóteses do artigo 46 do CPC, como, por exemplo, a vizinhança dos vários possuidores ou a simultaneidade do início das respectivas posses.

O inciso I também faculta o litisconsórcio superveniente, que poderá decorrer ou da reunião de ações conexas ou de intervenção litisconsorcial. A reunião de ações conexas, com fundamento nos artigos 103 e 105 do CPC, será hipótese rara porque exigirá no mínimo identidade parcial de objeto ou de causa de pedir. Na composesse (Código Civil, art. 1.199), se cada possuidor tiver proposto a sua ação de usucapião isoladamente, poderá haver reunião por conexão, embora, a rigor, seja o caso de litisconsórcio necessário na ação anteriormente proposta.

Quanto à intervenção litisconsorcial, parece-me que até a citação do réu ela será possível desde que o autor originário não se oponha (CPC, art. 264), porque o interveniente não pode obrigá-lo a demandar em sua companhia. Após esse momento, desde que autor e réu originários não se oponham, ela é possível até o momento do saneamento do processo, que no procedimento sumário se dá ao término da audiência de conciliação (art. 278). Também será possível a intervenção litisconsorcial com fundamento na conexão, a teor do artigo 253, inciso I, do CPC, com a redação que lhe deu a Lei 10.358/2001, regra cuja aplicação o juiz avaliará de acordo com a conveniência e oportunidade do *simultaneus processus*.

Na composesse, os co-possuidores serão litisconsortes necessários.

No silêncio da lei, quanto à extensão da legitimidade prevista no inciso III, parece-me que ela é perfeitamente aplicável à ação individual, ressalvando-se que essa

legitimidade há ser excepcional. Em princípio, cada possuidor é livre de buscar ou não em juízo o reconhecimento formal da aquisição da propriedade pela usucapião. Ninguém pode ser obrigado a obter em juízo algum direito sem a sua vontade. Entretanto, nas comunidades carentes, com freqüência os moradores se sentem constrangidos de reivindicar junto ao Estado os seus direitos, temerosos de que venham a sofrer represálias na sua esfera privada, por parte de pessoas que criminosamente controlam a vida dessas comunidades. Nesses casos, e em outros semelhantes, impossibilitado de exercer autonomamente o seu direito de ingressar em juízo ou de encarregar alguém de fazê-lo, não pode o morador ficar privado do acesso à tutela jurisdicional do seu direito à aquisição da propriedade pela usucapião, necessitando do apoio de um grupo intermediário, no caso a associação de moradores, que esteja “explicitamente autorizada” a representá-lo.

Entendo que essa autorização explícita é uma verdadeira substituição processual, e não representação, como pensam alguns<sup>2</sup>, porque não se trata de mandato individual expreso para uma causa determinada, mas de representação política que será aferida com base na prova das circunstâncias que antecederam a propositura da ação pela associação, que evidencie que o possuidor ou o conjunto de possuidores demonstrou adesão à atuação da associação em seu benefício, que esta o(s) informou do intuito de reivindicar judicialmente em seu benefício a usucapião do imóvel e que não houve qualquer circunstância que pudesse gerar dúvida fundada sobre a sua representatividade, que será aferida pelo juiz no caso concreto.

Quanto à legitimidade para a ação de usucapião coletiva, parece-me que, em qualquer caso, seja de ação proposta por um dos possuidores, seja de ação proposta por associação, terão de ser enumerados na petição inicial todos os co-possuidores, devendo a cognição versar sobre o preenchimento dos requisitos da aquisição da propriedade em relação a cada um deles. Na ação de iniciativa de um possuidor, este será ao mesmo tempo legitimado ordinário e extraordinário, respectivamente, quanto ao seu direito e quanto aos direitos dos demais possuidores. A legitimação extraordinária do autor originário cessará a qualquer tempo, a partir do momento em que vierem a intervir como seus litisconsortes os demais possuidores. Poderá também ocorrer a intervenção superveniente de algum outro possuidor, não arrolado inicialmente pelo autor. Nesse caso, discordando um ou mais litisconsortes ativos, travar-se-á um contraditório múltiplo, em que

---

<sup>2</sup> José dos Santos Carvalho Filho, ob. cit., p.140.

além das demandas paralelas dos litisconsortes em relação ao adversário comum, o proprietário anterior, instaurar-se-ão demandas incidentes entre os que se alegam possuidores, que deverão ser decididas simultaneamente com a ação de usucapião, declarando a final a sentença a procedência ou a improcedência da usucapião em relação a cada um dos reivindicantes. Se o possuidor que intervier supervenientemente negar a posse ou o direito à usucapião do autor ou de qualquer dos litisconsortes ativos, a sua intervenção constituirá verdadeira oposição, sujeita ao regime dos arts. 56 a 61 do CPC.

Na usucapião coletiva proposta por associação de moradores, aplica-se tudo o que expus acima sobre o litisconsórcio superveniente por conexão e sobre a comprovação da representatividade adequada da associação.

O artigo em comento não confere expressamente legitimidade às pessoas jurídicas de direito público e ao Ministério Público para as ações com fundamento nos artigos 9º e 10, como o faz o Código do Consumidor, no artigo 82, quanto às ações coletivas. Entre as primeiras, parece-me que as municipalidades possuem essa legitimidade extraordinária, que decorre, em primeiro lugar, da própria Carta Magna, nos seus artigos 30, inciso VIII, e 182, que conferem aos Municípios competência para o planejamento e controle do uso do solo urbano e para a execução da política de desenvolvimento urbano. Esses dispositivos são complementados pela Lei 10.257/2001 que, no seu artigo 2º, inclui nessa política (inciso VI) “a ordenação e controle do uso do solo” e mencionou a usucapião especial urbana como um dos seus instrumentos (art. 4º, inciso V, letra j).

Quanto ao Ministério Público, não me parece que essa legitimidade pudesse ser extraída diretamente do enunciado constante do *caput* do artigo 127 da Constituição, porque, como direito individual, a usucapião é um direito patrimonial plenamente disponível, e como instrumento de uma política pública, a política urbana, não me parece evidente que se trate de um interesse geral da coletividade, mas de um interesse específico da Administração Pública, em conformidade com o planejamento municipal e com o plano diretor de cada Município. Poderia a lei ter atribuído essa legitimidade ao Ministério Público, em caráter assistencial, mesmo além dos limites do *caput* do artigo 127 da Constituição. Afinal, a Constituição não esgota todas as missões e atribuições do Ministério Público. Se não o fez, prefiro confiar no critério do legislador, que não me parece

irrazoável, pois essa função assistencial foi confiada com mais legitimidade às associações de moradores.

A intervenção obrigatória do Ministério Público, tanto na ação de usucapião individual, quanto na ação de usucapião coletiva, decorre do disposto no inciso IX do artigo 129 da Carta Magna, que permite que a lei atribua a essa instituição outras funções, “desde que compatíveis com sua finalidade”. Inclui-se entre as finalidades do Ministério Público, na conformidade do artigo 127, *caput*, da Constituição, a defesa da ordem jurídica. Esta se apresenta sempre ameaçada pelas relações de dominação existentes entre pessoas e grupos da própria sociedade e pelos abusos e desvios de poder das autoridades públicas. A sua intervenção é na qualidade de fiscal da lei, opinando livremente em favor da adoção das decisões que lhe parecerem mais corretas e justas.

#### **4. O rito da ação**

Certamente pensando em dar mais celeridade ao desfecho da ação de usucapião urbana, o artigo 14 da Lei 10.257/2001, lhe atribuiu o rito sumário, dos artigos 275 a 281 do Código de Processo Civil. A escolha não foi feliz, mesmo porque infeliz é o próprio rito mencionado, que antecipa a explicitação da proposição de provas testemunhal e pericial sem que o autor conheça a contestação do réu, retarda o oferecimento da contestação desnecessariamente, não define o procedimento se o juiz não estiver em condições de sanear o processo ao término da audiência de conciliação, adota um conceito extravagante de revelia, como principais defeitos.

É de ressaltar que, permitindo o § 5º do art. 277 que, em face da complexidade da prova técnica, o juiz converta o procedimento sumário em ordinário, parece assente que o autor poderá originariamente adotar esse procedimento mais amplo, salvo se o réu conseguir demonstrar que essa opção acarretou algum grave prejuízo ao exercício de sua defesa, o que é de probabilidade absolutamente remota.

O que cabe examinar é se essa opção pelo rito sumário teria dispensado as exigências de citação dos confinantes, de publicação de editais para o conhecimento de terceiros e de intimação das Fazendas Públicas Federal, Estadual e Municipal, constantes

dos artigos 942 e 943 do CPC<sup>3</sup>. A meu ver, essas exigências não podem ser dispensadas, porque, na verdade, não dizem respeito propriamente ao rito, ou seja, à seqüência, à forma e aos prazos dos atos processuais, mas à publicidade e à segurança de que deve revestir-se a aquisição da propriedade pela usucapião.

Assim, na ação de usucapião urbana, individual ou coletiva, os confinantes do imóvel usucapiendo serão litisconsortes passivos necessários e qualquer outro interessado e qualquer uma das Fazendas Públicas poderá intervir como oponente, reivindicando para si a sua propriedade<sup>4</sup>.

Na ação ajuizada por substituto processual ou por possuidor na defesa do seu direito e de direitos de outros possuidores, sempre que possível, deverão ser citados os demais possuidores usucapiendo para, querendo, intervirem como litisconsortes.

## **5. A alegação da usucapião como defesa**

O artigo 13 da Lei em comento, além de reiterar entendimento jurisprudencial firme de que a usucapião pode ser alegada como matéria de defesa para ilidir qualquer pretensão contra o possuidor relativa ao imóvel, acrescenta que, nesse caso, julgado improcedente o pedido com base no reconhecimento desse direito, a sentença valerá como título para registro no cartório de registro de imóveis.

Para que esse efeito secundário em favor do réu se produza, a meu ver não necessita ele propor reconvenção, bastando a alegação da usucapião como fundamento da contestação. Entretanto, três requisitos deverão ser preenchidos para esse fim: 1) que o autor da ação seja o proprietário em nome do qual o imóvel se encontre registrado; 2) que a usucapião seja o fundamento principal e suficiente da improcedência da sua ação; 3) que o réu que alegue a usucapião requeira e promova a citação e as intimações a que se referem os artigos 942 e 943 do CPC.

Estaremos diante de uma verdadeira cumulação objetiva de ações, que deverá ainda observar mais os seguintes requisitos, decorrentes do artigo 292 do Código de

---

<sup>3</sup> José dos Santos Carvalho Filho (ob. cit., p.147) entende aplicável o art. 943, mas não o art. 942.

<sup>4</sup> A Súmula 263 do STF, que exige a citação pessoal dos possuidores, apesar de anterior ao Código de 73, continua a aplicar-se a possuidores que não sejam usucapiendo e que se encontrem na posse do imóvel ou de parte dele no momento do ajuizamento da ação.

Processo Civil: a unidade de procedimento e a competência absoluta do juiz da causa principal para a ação de usucapião. Quanto à unidade de procedimento, será necessário que a ação principal adote procedimento compatível com o pedido de usucapião, ou seja, que se processe, a partir da contestação, pelo rito ordinário ou sumário. E em relação à unidade de competência, será indispensável que o juízo da causa originária seja competente, de acordo com as regras da competência absoluta, para decidir em caráter principal o pedido de usucapião.

## 6. A suspensão de outras ações

Dispõe o artigo 11 da Lei 10.257/2001:

“Art. 11. Na pendência da ação de usucapião especial urbana, ficarão sobrestadas quaisquer outras ações, petições ou possessórias, que venham a ser propostas relativamente ao imóvel usucapiendo.”

Essa regra precisa ser interpretada em consonância com os princípios que regem a suspensão do processo no processo civil brasileiro<sup>5</sup>. De um lado, a garantia constitucional do acesso à justiça e da tutela jurisdicional efetiva, consagrada no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição, não se compadece com ações de bloqueio que, potestativamente, confirmam a um cidadão o direito de impedir que outro vá em busca da tutela jurisdicional dos seus direitos. Assim, a forma imperativa da norma somente se compatibiliza com essas garantias se interpretada em caráter facultativo, através de uma redução teleológica do seu alcance.

Isto significa, de um lado, que a suspensão não é automática, dependendo de apreciação do juiz da causa sobre a conveniência e oportunidade da suspensão, levando em conta a correlação que exista entre as duas ações, como, por exemplo, a prejudicialidade da usucapião em relação à ação superveniente, a dificuldade em que se encontre o juiz da causa superveniente de apreciar incidentalmente a questão relativa à usucapião e o estágio em que se encontre a ação de usucapião, que poderá já estar em

---

<sup>5</sup> V. o meu estudo “Suspensão do Processo”, in *Revista de Processo*, ed. Revista dos Tribunais, São Paulo nº 80, 1995.

fase recursal em que remota seja a possibilidade de que a decisão já adotada venha a ser reformada.

Além disso, a suspensão deverá ser temporária, não devendo aguardar indefinidamente o desfecho da ação de usucapião, sujeita ao limite do § 5º do art. 265 do CPC, ou seja, um ano, ao cabo do qual, com ou sem o desfecho dessa ação, o processo superveniente retomará o seu curso normal.

Por fim, a redação do dispositivo em comento, assim como a do artigo 265 do CPC, não deixa dúvida de que essa suspensão somente atinge as causas supervenientes à ação de usucapião e não aquelas que antecederam a sua “pendência”. Embora o artigo 263 do CPC estabeleça que a ação se considera proposta desde o ajuizamento da petição inicial, entretanto os efeitos da litispendência e da litigiosidade do direito somente se consumam com a citação válida, nos termos do artigo 219, citação esta que pode retroagir os seus efeitos à data do despacho inicial ou do ajuizamento da peça vestibular se não se retardar por culpa do autor. Assim, parece-me que a suspensão somente se aplicará às causas ajuizadas depois desse momento.

## **7. A gratuidade em favor do autor**

O § 2º do artigo 12 da Lei 10.257/2001 prescreve que o autor da ação de usucapião urbana, seja ela individual ou coletiva, gozará dos benefícios da “justiça e da assistência judiciária gratuita, inclusive perante o cartório de registro de imóveis”.

Não há diferença entre justiça gratuita e assistência judiciária gratuita. O art. 5º, inciso LXXIV, adota um conceito mais amplo, de assistência jurídica, que abrange a assistência judiciária e a consultoria jurídica extrajudicial. O conteúdo da assistência judiciária inclui: a) a isenção de custas e demais despesas processuais; b) a designação de um advogado para defender o assistido gratuitamente.

Apesar de o texto constitucional se referir que tal benefício será concedido “aos que comprovarem insuficiência de recursos”, o regime adotado há alguns anos no Brasil presume a hipossuficiência do requerente pela simples afirmação da sua incapacidade de prover às despesas do processo sem prejuízo do seu sustento e dos seus familiares (Lei 1.060/50, art. 4º, § 1º).

A regra do Estatuto da Cidade, coerente com a finalidade da usucapião urbana de beneficiar a população de baixa renda, presume essa hipossuficiência, instituindo uma presunção legal relativa de que aquele que a pleiteia seja uma pessoa ou associação carentes. Ao despachar a inicial da ação o juiz deverá reconhecer o direito do autor ao benefício da gratuidade que, somente não será concedido, se houver prova cabal em contrário. O réu, igualmente, poderá impugnar em autos apartados, com a competente comprovação, a assistência judiciária que tiver sido concedida (Lei 1.060/50, art. 4º, § 2º).

Farão jus ao benefício o autor originário, os litisconsortes e intervenientes litisconsorciais que reivindicarem o reconhecimento da usucapião, mas não a Municipalidade, quando propuser a ação, pelo caráter alimentício do benefício.

Fez bem a Lei especial de estender a gratuidade até o registro de imóveis, dispensando os beneficiários da procedência da ação, ainda que não sejam autores da ação, das despesas de registro.

## **8. Considerações finais**

Outras situações, até aqui não mencionadas, poderiam ser cogitadas. Assim, por exemplo, pode ocorrer que, na ação individual, o autor não consiga provar a posse exclusiva sobre um terreno precisamente identificado, mas apenas a posse, juntamente com outros possuidores, de uma área que poderia ser objeto de usucapião coletiva. Como não estão presentes como partes os demais co-possuidores, a ação individual deverá ser julgada improcedente, sem prejuízo de voltar o autor a propor a demanda coletiva.

Imaginemos, diversamente, que todos os possuidores de terrenos vizinhos de uma área maior proponham em litisconsórcio ações individuais visando ao reconhecimento da usucapião individual, com fundamento no artigo 9º, que não consigam provar a posse exclusiva dos terrenos, mas provem a posse conjunta da área maior. Poderia o juiz julgar procedente a usucapião na modalidade coletiva? Embora a usucapião coletiva seja um *minus* em relação à usucapião individual, parece-me que o juiz não poderá declarar a segunda sem pedido. Será preciso que os autores tenham cumulado na inicial, em caráter sucessivo, o pedido de usucapião individual e, caso não comprovado, o de usucapião coletiva e que sobre ambos tenha tido o réu ampla possibilidade de defender-se.

Outra situação que não será raro ocorrer será a de uma usucapião individual ou coletiva que tenha sido pleiteada judicialmente por um substituto processual que venha a sucumbir. Faria a improcedência da ação coisa julgada em relação aos substituídos, possuidores que não participaram diretamente do processo? A meu ver, não. Tratando-se de substituição processual, e não de representação, a ação do substituto visa a assegurar o acesso ao direito e à justiça em favor do substituído, não podendo então este vir a perder definitivamente qualquer direito em razão de sentença em causa na qual não teve oportunidade de defender-se. Poderá o substituído em seguida propor em nome próprio a sua própria ação de usucapião.

Muitas outras situações poderão ser imaginadas a merecerem sempre cuidadosa análise, acreditando que as premissas que aqui tentamos delinear possam ajudar a solucioná-las.

Rio de Janeiro, 26 de dezembro de 2008.

# A MEDIAÇÃO E A SOLUÇÃO DOS CONFLITOS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. O “JUIZ HERMES” E A NOVA DIMENSÃO DA FUNÇÃO JURISDICIONAL

**Humberto Dalla Bernardina de Pinho**

*Pós-Doutor em Direito (Uconn Law School). Mestre, Doutor e Professor Adjunto de Direito Processual Civil na UERJ. Professor dos Cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado da UNESA. Promotor de Justiça Titular no Estado do Rio de Janeiro.*

**Karol Araújo Durço**

*Mestre em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo UFES. Professor da Universidade Presidente Antônio Carlos UNIPAC. Advogado.*

PALAVRAS-CHAVE: MEDIAÇÃO; SOLUÇÃO; CONFLITOS; DEMOCRÁTICO.

EMENTA: O texto procura fazer uma análise do impacto da mediação no ordenamento processual brasileiro. Para tanto, partindo de uma contextualização jurídico-filosófica da jurisdição e do Estado, faz uma abordagem crítica da iniciativa legislativa e propõe uma visão mais ampla e interdisciplinar sobre a mediação. Sugere-se o deslocamento da ênfase da solução do conflito do Poder Judiciário para as próprias pessoas envolvidas no litígio, tendo como marcos teóricos a cultura da pacificação, a democracia constitucional-deliberativa e os modernos postulados da intervenção mínima do Estado e da máxima cooperação entre as partes.

*"a conciliação desmancha a lide, a decompõe nos seus conteúdos conflituosos, avizinhandos os conflitantes que, portanto, perdem a sua identidade construída antagonicamente<sup>1</sup>."*

---

<sup>1</sup> RESTA, Eligio (trad. Sandra Vial). O Direito Fraternal. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004. Obj. de citação p. 119.

Considerando o objetivo primordial do presente ensaio no sentido de tratar da mediação e das perspectivas para o processo civil contemporâneo, no ano em que o Projeto<sup>2</sup> de Lei 4.827 completa dez anos de tramitação no Congresso Nacional, faz-se necessário, previamente, contextualizar o instituto sob uma perspectiva pós-positivista, de um direito como sistema aberto e, ainda, no interior de uma moldura constitucional-democrático-deliberativa de direito e de processo.

Pois bem, para garantirmos tal intento, antes de uma análise específica e dogmática da mediação, é preciso discorrer, ainda que brevemente, sobre a jurisdição em uma perspectiva evolutiva, apontando-se, igualmente, para os objetivos e para um estágio ideal de sua prestação atinente ao modelo de Estado e de sociedade que almejamos construir.

Sendo assim, para facilitar a compreensão das idéias fundamentais que buscaremos a seguir e como premissas jurídico-filosóficas para um entendimento sobre o porquê da necessidade de se buscar outros métodos de solução de conflitos, partiremos de uma singela análise de três modelos fictícios de juiz e de jurisdição, os quais, como veremos, coadunam-se aos três grandes estágios dos Estados ocidentais modernos e pós-modernos.

Nesse quadro, para cumprirmos esta meta introdutória, possibilitando a visibilidade do enquadramento e do papel da mediação em um contexto jurídico-social mais amplo e interdisciplinar, valemo-nos dos estudos do belga François Ost<sup>3</sup> o qual, em artigo intitulado “*Júpter, Hércules, Hermes: Tres modelos de Juez*” identificou e caracterizou os modelos de juiz a partir dos quais desenvolveremos as considerações propedêuticas que se seguem.

Portanto, partindo dos estudos do referido autor, almejamos realizar uma associação entre cada um dos mencionados personagens e os modelos de Estado de Direito que inspiraram as Constituições dos Estados ocidentais do século XVIII até o século XX, quais sejam, os modelos liberal, social e democrático, para, ao final, sob a égide da

---

<sup>2</sup> A íntegra do Projeto em sua versão mais atual, em como as versões anteriores podem ser conferidas em nosso sítio, em <http://www.humbertodalla.pro.br>, ou no sítio do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP, em <http://www.direitoprocessual.org.br>, acesso em 20 de abril de 2008.

<sup>3</sup> OST, François. *Júpter, Hércules, Hermes: Tres modelos de Juez*. In: DOXA, nº 14, 1993. pp. 169-194. <<http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01360629872570728587891/index.htm>>. Acesso em 14 de novembro de 2006.

construção e do estabelecimento desse último, localizarmos e estudarmos a mediação como método mais amplo, democrático e pluralista de se pacificarem muitos dos conflitos presentes em nossa sociedade.

Assim, uma vez realizada a análise dos ensinamentos de Ost sob a perspectiva dos paradigmas decorrentes de cada um dos modelos de organização estatal citados, buscaremos identificar as vantagens de um juiz do Estado Democrático para os fins almejados pela processualística contemporânea, notadamente sob a perspectiva de um processo participativo e cooperativo e sob a moldura da teoria do discurso e de uma racionalidade comunicativa; apontaremos, também, para a mediação como instância indispensável ao cumprimento de tão elevados escopos jurídico-sociais e como instituto complementar à jurisdição tradicional.

Destaque-se, primeiramente, então, que a associação entre os modelos de juiz e os modelos de Estado sob a égide dos quais aqueles exercem suas funções jurisdicionais não é destituída de sentido e importância. Com a referida associação, portanto, o que se quer fazer compreender é a existência de uma relação interna entre os fundamentos de um Estado e o modo pelo qual é prestada a jurisdição e são pacificados os conflitos no mesmo.

Nessa esteira, a intenção é demonstrar que os mecanismos de atuação das partes envolvidas na relação processual, assim como suas prerrogativas, direitos e deveres, decorrem do sistema institucional do Estado no qual se inserem, bem como os próprios meios de pacificação de conflito.

Por outras palavras, a atividade jurisdicional e a presença dos denominados equivalentes jurisdicionais<sup>4</sup> (autotutela, autocomposição, mediação e julgamento de conflitos por tribunais administrativos) nada mais é do que um reflexo do modelo de Estado sob o qual esta é exercida.

Em sociedades primitivas a pacificação dos conflitos era feita pela força privada; em Estados despóticos a pacificação dos conflitos confundia-se com o próprio Rei; em Estados liberais a mesma era ditada pela lei do mercado; em Estados sociais a pacificação dos conflitos correspondia ao paternalismo prestacionista; e em Estados democráticos a pacificação dos conflitos deve ser legitimada por um discurso processual intersubjetivo

---

<sup>4</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. Vol. 1. 9ª ed. rev. ampl. atu. Salvador: Juspodivm, 2008. Obj. de ref. p. 74.

além de reclamar, portanto, métodos outros que a estrita e fria atuação estatal por meio da atividade jurisdicional.

Nesse quadro, fazendo um corte a partir do período moderno e pós-absolutista, o primeiro modelo de juiz a ser tratado corresponde, na lição de Ost, ao juiz Júpiter, o qual se vincula ao paradigma do Estado Liberal.

Assim, apenas para recordar, vale dizer que Estado Liberal<sup>5</sup> clássico, frente a sua finalidade principal de garantir a liberdade dos cidadãos, foi assinalado por um rígido sistema de limitação de seus poderes a fim de se criar uma esfera de proteção jurídica privada<sup>6</sup>.

Nesse Estado a lei não levava em consideração diferenças na condição social dos indivíduos, pois sua intenção era dar tratamento igual às pessoas somente em sentido formal, devendo ser, portanto, concomitantemente “clarividente e cega”<sup>7</sup>. Este modelo é fruto do pensamento positivista<sup>8</sup>, de um direito codificado cujo pilar central é a “norma fundamental”. Nas palavras de Ost<sup>9</sup>, a codificação representaria coerência, completude, clareza, não redundância, simplicidade e manejabilidade pondo as coisas simples claras e comunicáveis.

---

<sup>5</sup> Luiz Guilherme Marinoni destaca que: “O Estado Liberal de Direito, diante da necessidade de condicionar a força do Estado à liberdade da sociedade, erigiu o princípio da legalidade como fundamento para a sua imposição. Esse princípio elevou a lei a um ato supremo com a finalidade de eliminar as tradições jurídicas do Absolutismo e do Ancien Régime. A Administração e os juízes, em face desse princípio, ficaram impedidos de invocar qualquer direito ou razão pública que se chocasse com a lei. [...] Tal princípio, assim, constituiu um critério de identificação do direito; o direito estaria apenas na norma jurídica, cuja validade não dependeria de sua correspondência com a justiça, mas somente de ter sido produzida por uma autoridade dotada de competência normativa”. MARINONI, Luiz Guilherme. A Jurisdição no Estado Contemporâneo. In: \_\_\_\_\_ (Coord.). Estudos de Direito Processual Civil: homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pp. 13-66. Obj. de citação p. 14.

<sup>6</sup> Ver TARELLO, Giovanni. Storia della cultura giuridica moderna. Bologna: Il Mulino, 1976. Obj. de ref. p. 278 e seguintes.

<sup>7</sup> MONTESQUIEU. Do espírito das leis. São Paulo: Abril Cultural, 1973. Obj. de citação p. 160.

<sup>8</sup> “O positivismo jurídico [...] partindo da idéia de que o direito se resume à lei e, assim, é fruto exclusivo das casas legislativas, limita a atividade do jurista à descrição da lei e a busca da vontade do legislador. O positivismo jurídico nada mais é do que uma tentativa de adaptação do positivismo filosófico ao domínio do direito. Imaginou-se, sob o rótulo de positivismo jurídico, que seria possível criar uma ciência jurídica a partir dos métodos das ciências naturais, basicamente a objetividade da observação e a experimentação. [...] O positivismo não se preocupava com o conteúdo da norma, uma vez que a validade da lei estava apenas na dependência da observância do procedimento estabelecido para a sua criação. Além do mais, tal forma de pensar o direito não via lacuna no ordenamento jurídico, afirmando a sua plenitude. A lei, compreendida como corpo de lei ou como Código, era otada de plenitude e, portanto, sempre teria que dar resposta aos conflitos de interesses”. MARINONI, Luiz Guilherme. A Jurisdição no Estado Contemporâneo. In: \_\_\_\_\_ (Coord.). Estudos de Direito Processual Civil: homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pp. 13-66. Obj. de citação p. 17.

<sup>9</sup> OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: Tres modelos de Juez. Obj. de ref. p. 174-175.

Outra nota caracterizadora do Estado Liberal é que o mesmo representa a passagem de um modelo transcendental de direito de bases metafísicas para um direito racional de base lógico-dedutiva. Sendo, pois, um sistema legislado fechado e autônomo<sup>10</sup> distinguindo-se pelo monismo jurídico (possui uma base soberana: a lei); monismo político (o poder é centralizado nas mãos de um soberano); racionalidade dedutiva (já que de formato piramidal a partir da norma fundamental); e futuro controlado (crença legislativa de uma evolução histórica). Nesse modelo o direito se resumiria a “lei” vista em um sistema piramidal. Desta pirâmide irradiaria toda a justiça<sup>11</sup>.

Por óbvio, esta formatação de Estado teve repercussão sobre a atividade jurisdicional e os métodos de pacificação de conflito, porque de nada adiantaria conformar a atividade legislativa e permitir que o juiz ou as partes envolvidas no conflito interpretassem livremente a lei em face da realidade social.

Afirmava Montesquieu<sup>12</sup>, sobre este sistema, que o julgamento deveria ser apenas um “texto exato da lei”, pois de outra maneira constituiria “uma opinião particular do juiz” e, dessa forma, “viver-se-ia na sociedade sem saber precisamente os compromissos nela assumidos”<sup>13</sup>. O método de aplicação do direito nesse modelo de Estado, portanto, é o dedutivo através de um “silogismo subsuntivo” e não existia espaço para os equivalentes jurisdicionais.

O dever do juiz de justificar a decisão é meramente interno, ou seja, a decisão deve ser coerente com o sistema de direito<sup>14</sup>, que aqui é considerado apenas como a lei. Por outras palavras, a legalidade é condição necessária e suficiente para a validade da regra<sup>15</sup>. A base do direito é a abstração e a generalidade da lei. Assim, também, o acesso

---

<sup>10</sup> HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia: entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Obj. de ref. p. 250.

<sup>11</sup> OST, François. Júpter, Hércules, Hermes: Tres modelos de Juez. Obj. de ref. p. 170, 174 e 175.

<sup>12</sup> MONTESQUIEU. Do espírito das leis. São Paulo: Abril Cultural, 1973. Obj. de citação p. 158.

<sup>13</sup> MONTESQUIEU. Do espírito das leis. São Paulo: Abril Cultural, 1973. Obj. de citação p. 160. Disse ainda Montesquieu: “*não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do poder executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor*”. (Objeto de citação p. 157)

<sup>14</sup> LUCHI, José Pedro. A racionalidade das decisões jurídicas segundo Habermas. In: Ajuris: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, ano XXXIV, nº 107, pp. 157-170, setembro de 2007.

<sup>15</sup> OST, François. Júpter, Hércules, Hermes: Tres modelos de Juez. Obj. de ref. p. 178.

à justiça, parafraseando Mauro Cappelletti e Bryant Garth<sup>16</sup>, era apenas formal, mas não efetivo, correspondendo a uma igualdade apenas formal.

Tais considerações espelham, exatamente, a ideologia do Estado Liberal que liga liberdade política à certeza do direito<sup>17</sup>. Nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni<sup>18</sup>, “a segurança psicológica do indivíduo – ou sua liberdade política – estaria na certeza de que o julgamento apenas afirmaria o que está contido na lei”. A busca do positivismo é pela segurança jurídica, mas não se pode perder de vista que o excesso de positivismo gera o autoritarismo.

Nessa moldura liberal e por percorrer este desencadear de idéias que Montesquieu<sup>19</sup> definiu o juiz como a *bouche de la loi* (a boca da lei), concluindo, no seu célebre “Do espírito das Leis”, que os juízes de uma nação não são “mais que a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força nem seu rigor”.

Assim, pode-se concluir que o juiz do Estado Liberal possui como dever fundamental a imparcialidade em sentido formal. Ele deve, além disso, policiar o processo evitando desvios do modelo abstrato previsto na lei.

Nas palavras de Ost<sup>20</sup>, Júpiter é “o homem da lei”. Nesse Estado, o juiz adota uma posição passiva diante do caso, ele não atua na busca da verdade somente fiscaliza a relação processual. É um juiz “mínimo” tal qual o Estado Liberal, um mero *longa manus* da lei.

Sendo assim, a pacificação dos conflitos por um método dialógico de compreensão e cooperação entre as partes, que, como veremos, é a proposta da mediação, não tinha qualquer espaço no referido modelo, o qual buscava a solução dos conflitos no reflexo da legislação prévia e abstrata sobre os fatos, tal qual se vê uma imagem em um espelho ou uma fotografia; não existia, assim, margem para discricionariedade.

---

<sup>16</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, reimpresso 2002. Obj. de ref. p. 9.

<sup>17</sup> Cf. TARELLO, Giovanni. Storia della cultura giuridica moderna. Bologna: Il Mulino, 1976. Obj. de citação p. 280.

<sup>18</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Do processo civil clássico à noção de direito a tutela adequada ao direito material e à realidade social. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 08 de novembro de 2006.

<sup>19</sup> MONTESQUIEU. Do espírito das leis. São Paulo: Abril Cultural, 1973. Obj. de citação p. 160.

<sup>20</sup> OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: Tres modelos de Juez. Obj. de ref. p. 177.

Frente a esta conformação, além de ser a jurisdição a única forma de solução das lides, não se cogita neste sistema em deveres de lealdade, de cooperação na busca da verdade. Exige-se tão somente o cumprimento do procedimento previamente previsto em lei, permitindo-se, desse modo, uma atuação puramente estratégica das partes no processo.

Vale dizer que, uma vez driblada a formalidade do procedimento, o participante da relação processual via-se livre de qualquer amarra; não existiam mecanismos de equilíbrio da relação processual. O modelo do Estado Liberal é, pois, subordinado a uma racionalidade instrumental, segundo a qual o próprio direito serve aos fins daquele que institui a lei.

Contudo, não obstante o predomínio do Estado Liberal desde o fim do Estado Soberano, no início do séc. XX, com a revolução comunista russa, iniciada em Moscou em 1917, surge uma grave ameaça à existência da ordem liberal capitalista da Europa.

Foi, pois, diante da ameaça do “fantasma comunista”, e frente aos diversos movimentos sociais no âmbito interno, que os Estados europeus perceberam a necessidade da realização de concessões de caráter assistencial aos seus cidadãos para afastar a possibilidade de uma revolução.

Assim, o Estado Social não tem por finalidade apenas garantir uma esfera de proteção ao indivíduo frente a sua atuação; ele deve garantir mais; deve assegurar não só as liberdades clássicas mas também os efetivos mecanismos para o seu desfrute e exercício. A atividade estatal deixa de ser omissiva para ser comissiva.

O papel preponderante do Estado Social é o fazer. Deve ser garantido ao indivíduo além de sua vida, de sua propriedade e de sua liberdade, direitos como saúde, educação, lazer, trabalho, moradia, seguridade social, etc. Se no Estado Liberal a ótica era a de uma igualdade formal, neste modelo a busca é por uma igualdade substancial ou real.

A base jurídica deste Estado, portanto, não pode ser a rígida e cega base do positivismo clássico. A realização de fins sociais exige um direito mais flexível, adaptável às diferentes realidades fáticas, atento as particularidades do caso concreto.

O agigantamento estatal, a atuação sobre a economia e a adoção de uma Constituição que é um verdadeiro projeto social, exigem um sistema jurídico dinâmico, um sistema aberto de regras, princípios e valores. Neste modelo, ao contrário de um monismo

normativo e político, têm-se um pluralismo de fontes diretas do direito e um pluralismo de poderes competentes para emaná-lo.

Diante dessas enormes diferenças entre o presente modelo e o Estado Liberal, não é difícil compreender a guinada de cento e oitenta graus que a atividade jurisdicional e a atuação do juiz sofreram no Estado Social.

Assim, o modelo jurisdicional aqui é fruto do pensamento realista e da jurisprudência sociológica norte-americana. O direito tem por base a jurisprudência<sup>21</sup>, a decisão do caso concreto. É um direito materializado<sup>22</sup>. A figura que representa este modelo é a de um funil (pirâmide invertida).

Não se utiliza mais a dedução do direito a partir de uma “norma fundamental”. Igualmente, não é possível nesse sistema aberto utilizar-se de um simples “silogismo subsuntivo” na aplicação do direito. O juiz passa a ter o dever de confrontação de valores e faz-se necessário recorrer a outros recursos como a ponderação de princípios e a adoção de critérios de proporcionalidade e razoabilidade nas decisões.

O raciocínio neste paradigma também é o inverso daquele do modelo do Estado Liberal, ou seja, a determinação do direito tem origem em uma indução. O direito é construído não a partir de uma norma geral e abstrata, mas das várias decisões judiciais dos casos concretos.

As bases do direito são a singularidade e a concreção de cada caso. É por isso que Dworkin<sup>23</sup> propõe uma reconstrução crítica-racional do sistema de direitos na busca pela decisão correta de cada caso. O direito passa a ser visto como instrumento de realização de objetivos políticos<sup>24</sup>. Este modelo liga-se a idéia de efetividade e é desformalizado.

---

<sup>21</sup> OST, François. Júpter, Hércules, Hermes: Tres modelos de Juez. Obj. de ref. p. 170.

<sup>22</sup> HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia: entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Obj. de ref. p. 242.

<sup>23</sup> HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia: entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Obj. de ref. p. 260.

<sup>24</sup> LUCHI, José Pedro. A racionalidade das decisões jurídicas segundo Habermas. In: Ajuris: Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, ano XXXIV, nº 107, pp. 157-170, setembro de 2007.

O Juiz Hércules, portanto, é um engenheiro social<sup>25</sup>. Sua posição torna-se mais ativa, embora ainda acima e eqüidistante das partes. Nesse modelo o juiz é quem diz o direito; é um juiz prestacionista e paternalista, tal qual o Estado Social.

No entanto, não obstante todo este agigantamento da figura do juiz, não foram estruturalmente alterados os deveres e prerrogativas dos demais participantes da relação processual sob a égide do Estado Social e nem estimulado o desenvolvimento dos equivalentes jurisdicionais.

É sabido que dentre as causas da crise e posterior falência deste Estado estão a corrupção, a aplicação do sistema administrativo do Estado Liberal e a falta de participação, controle e parceria por parte dos cidadãos. Esta constatação não é diferente em relação ao modelo judicial e aos métodos de pacificação de conflito. O princípio monológico<sup>26</sup> que rege a atuação do juiz e a atividade jurisdicional prestada pelo Estado reduzem os direitos e deveres dos demais atores processuais.

É ao juiz, representante do Estado Paternalista, que cabe toda a construção da decisão. Tal qual no Estado Liberal, não se cogitava em deveres de lealdade, de cooperação ou no direito de participação no desenvolvimento da marcha processual. No modelo de Estado Social cabe a este, e exclusivamente a este, a entrega do direito e a pacificação dos conflitos.

Além disso, se o modelo liberal peca pela ineficiência e distanciamento da realidade; o modelo social vincula demasiadamente a elaboração do direito à figura de um juiz solipsista, impossibilitando a presença da segurança jurídica, fazendo com que o direito perca sua principal função que é a de estabilização social na medida em que cristaliza as expectativas de comportamento<sup>27</sup>.

Se o excesso de positivismo, como já se disse, leva ao autoritarismo, o excesso de realismo gera a arbitrariedade. E, sendo assim, embora por razões opostas ao modelo de Estado Liberal, mas da mesma forma, na mesma intensidade e com o mesmo grau de incompatibilidade institucional, um método dialógico de compreensão e cooperação entre as partes, tal qual é a mediação, não possui lugar no Estado Social.

---

<sup>25</sup> OST, François. Júpter, Hércules, Hermes: Tres modelos de Juez. Obj. de ref. p. 177.

<sup>26</sup> Sobre a crítica ao princípio monológico ver HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia: entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Obj. de ref. pp. 276-280.

<sup>27</sup> HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia: entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Obj. de ref. pp. 72, 242, 246 250.

Portanto, diante da tarefa hercúlea assumida pelo Estado Social, sua atuação demonstrou-se fadada ao fracasso. Constatou-se que sem uma participação social efetiva e sem a existência de uma parceria com a esfera privada ocorre a falência da esfera pública, formando-se, ainda, um direito ilegítimo, e revelando-se impossível uma real pacificação social.

Esta mesma crítica é feita ao modelo de jurisdição decorrente dessa sistemática. Verificamos a impossibilidade fática do juiz promover uma reconstrução racional do sistema de direitos. Questionamos a *“solidão de uma construção teórica empreendida monologicamente”*<sup>28</sup> por Hércules.

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

Nesse sentido falamos no dever de cooperação entre as partes. Nesse modelo prega-se a adoção de um *“procedimento argumentativo da busca cooperativa da verdade”*<sup>29</sup>. Desse modo, o peso da reconstrução jurídica, que no modelo do Estado Social deve ser suportado por um juiz Hércules, é deslocado para uma comunidade deliberante<sup>30</sup>.

Em relação a uma mudança de mentalidade entre os juízes italianos que vai ao encontro de um modelo do Estado Democrático, Calamandrei<sup>31</sup> já se manifestou nos seguintes termos:

*“Certos juízes, ligados à tradição, crêem que, para melhor conservarem a sua dignidade e a sua autoridade defronte dos advogados, seja indispensável assumirem na sua função uma*

---

<sup>28</sup> HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia: entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Obj. de citação p. 277.

<sup>29</sup> HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia: entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Obj. de citação p. 283.

<sup>30</sup> LUCHI, José Pedro. A racionalidade das decisões jurídicas segundo Habermas. In: Revista da Ajuris. Porto Alegre, ano XXXIV, nº 107, pp. 157-170, setembro de 2007.

<sup>31</sup> CALAMANDREI, Piero, *apud* VAZ, Alexandre Mário Pessoa. Poderes e Deveres do Juiz na Conciliação Judicial. Vol. I, Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 1976. Obj. de citação p. 514.

*impassível solenidade de ídolos: colocando entre si e os defensores um diafragma de incompreensão e de fadiga; mas que ‘por sorte’ são na Itália cada vez mais numerosos os magistrados que sentem a necessidade e têm a coragem de romper esta barreira de desconfiança e de tomar parte ativa no debate, sem terem medo de cortar ao meio a alegação do defensor para lhe propor quesitos e objeções e para o trazerem à discussão as questões essenciais da causa. Estes são os magistrados que verdadeiramente entendem as exigências modernas da sua função; os advogados deveriam estar particularmente gratos a estes juízes que ousam romper a regra monástica do seu silêncio para transformarem a audiência, de inútil solilóquio de um retórico em face de uma assembleia de sonolentos, num diálogo entre interlocutores vivos que procuram, através da discussão, compreender-se e convencer-se. Importa ainda aqui, para que as instituições judiciárias correspondam às exigências de uma sociedade de homens livres, que seja abolido o seu tradicional caráter secreto, e deixar que também no processo circule entre magistrados e advogados este sentido de confiança, de solidariedade e de humanidade que é em todos os campos o espírito animador da democracia”.*

De outro lado, passando de uma perspectiva de simples validade jurídica para uma perspectiva da união entre validade e legitimidade do direito como condição de sua eficácia e cumprimento de sua função sócio-integradora, o dever do juiz de justificar sua decisão também se altera. Passa-se de um dever de justificação interno, representado pela coerência da decisão com o sistema de direitos para um dever que ao mesmo tempo é interno e externo, este último considerado como a necessidade de legitimação procedimental-deliberativa das premissas pré-dadas à decisão, o que no caso de um equivalente jurisdicional como a mediação já é condição prévia para seu estabelecimento.

Cabe destacar, ainda, que no modelo democrático, tal qual no modelo de Estado Social, o direito é visto como sistema aberto: “as criações normativas emanam de

*outras fontes como a jurisprudência, os costumes, as convenções internacionais, os princípios gerais do direito, a doutrina etc.*”<sup>32</sup>.

O direito pós-moderno de Hermes “*é uma estrutura em rede que se traduz em infinitas informações disponíveis instantaneamente e, ao mesmo tempo, dificilmente matizáveis, tal como pode ser um banco de dados*”. O presente modelo é uma dialética entre transcendência e imanência<sup>33</sup>. A proposta é de uma “*teoria do direito como circulação de sentido*”, “*um processo coletivo, ininterrupto e multidirecional de circulação do logos jurídico*”<sup>34</sup>.

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

Portanto, o direito em um Estado Democrático é líquido e denso ao mesmo tempo. Convém mencionar que o correspondente latino de Hermes (grego) é Mercúrio, representado hoje por um metal de alta densidade que, não obstante, encontra-se no estado líquido. Esta “*liquidez jurídica*” se dá por meio da equidade e permite ao direito preencher os buracos nas relações sociais. “*Somente a lei mesma de circulação do discurso jurídico pode aclarar sua gênese e seu desenvolvimento. [...] Antes de ser regra de instrução, o direito é razão (logos), discurso, significado em suspenso*”<sup>35</sup>.

Esta capacidade de integração social, contudo, só pode ser obtida por uma legitimidade de duplo aspecto. Em um primeiro momento, pela obediência a um procedimento que eleva o dissenso para promover o consenso<sup>36</sup>. Vejam-se as palavras de Ost<sup>37</sup>:

---

<sup>32</sup> OST, François. Júpter, Hércules, Hermes: Tres modelos de Juez. Obj. de citação nota de rodapé 3.

<sup>33</sup> OST, François. Júpter, Hércules, Hermes: Tres modelos de Juez. Obj. de ref. p. 172.

<sup>34</sup> OST, François. Júpter, Hércules, Hermes: Tres modelos de Juez. Obj. de citação p. 181-182.

<sup>35</sup> OST, François. Júpter, Hércules, Hermes: Tres modelos de Juez. Obj. de citação p. 187.

<sup>36</sup> LUCHI, José Pedro. A racionalidade das decisões jurídicas segundo Habermas. In: Ajuris: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, ano XXXIV, nº 107, pp. 157-170, setembro de 2007.

<sup>37</sup> OST, François. Júpter, Hércules, Hermes: Tres modelos de Juez. Obj. de citação p. 190.

*“Seja qual for o conteúdo material das soluções que se impõe, o direito é antes de tudo um procedimento de discussão pública razoável, um modo de solução de conflitos eqüitativo e contraditório. [...] A primeira garantia de legitimidade reside no respeito às condições da discussão sem coação. Esse respeito às formas, aos prazos, aos procedimentos é realmente essencial e consubstancial ao direito”.*

A mediação procedimental, no entanto, não constitui toda a legitimidade do direito. É preciso se estabelecer um laço necessário entre o respeito ao procedimento e os direitos fundamentais<sup>38</sup>. O que constitui, precisamente, a idéia de um formalismo valorativo que deve abranger ao menos quatro valores fundamentais: segurança jurídica, participação, liberdade e efetividade<sup>39</sup>.

O núcleo central desse modelo, portanto, é o discurso (racionalidade comunicativa) e a participação. E é exatamente por isso que não só se torna possível, mas necessária a adoção de mecanismos de pacificação dos conflitos cujo foco principal esteja nas partes e não no Estado juiz, tal qual é a mediação, nitidamente mais participativa e dialógica em relação à jurisdição.

No âmbito desta última, porém, o juiz Hermes deve, igualmente, apresentar-se como um mediador da relação entre as partes, deve buscar a todo o momento a conciliação, deve garantir a interação, a cooperação, a lealdade e a boa-fé de todos os participantes do processo.

---

<sup>38</sup> OST, François. Júpter, Hércules, Hermes: Tres modelos de Juez. Obj. de ref. p. 191. Luiz Guilherme Marinoni, a seu turno, afirma que “[...] os direitos fundamentais podem ser vistos não apenas como a substância que orienta o modo de ser do ordenamento jurídico, mas também como as ferramentas que servem para a (i) interpretação de acordo, para a (ii) eliminação da lei inconstitucional (declaração de inconstitucionalidade da lei), para a (iii) adequação da lei à Constituição (interpretação conforme e declaração parcial de nulidade sem redução do texto), para a (iv) geração da regra necessária para que o direito fundamental seja feito valer (controle da omissão inconstitucional) e para a (v) proteção de um direito fundamental diante de outro (aplicação da regra do balanceamento)”. MARINONI, Luiz Guilherme. A Jurisdição no Estado Contemporâneo. In: \_\_\_\_\_ (Coord.). Estudos de Direito Processual Civil: homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pp. 13-66. Obj. de citação p. 51.

<sup>39</sup> Para um estudo sobre o formalismo-valorativo ver: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). Leituras Complementares de Processo Civil. 5ª ed. rev. atu. Salvador: Juspodivm, 2007, pp. 351-372. Conferir também: OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Do formalismo no processo civil. 2ª ed. rev. São Paulo Saraiva, 2003.

Possui, também, o dever de equilibrar a relação processual. Sua atuação constitui-se um meio termo entre a inércia de Júpiter e o egocentrismo de Hércules. O juiz do presente modelo é mais humano, reconhece suas limitações e busca apoio nos interessados pelos desfechos da relação processual. Verifica-se, pois, que a superação do princípio monológico que rege a atuação do juiz Hércules é exatamente pelo fato de que o mesmo afasta a idéia de cooperação como condição para o desenvolvimento de um procedimento de bases racional, discursiva e valorativa de determinação da justiça no caso concreto<sup>40</sup>. E tal superação, em verdade, deve ser buscada tanto no interior da própria jurisdição como por métodos não-jurisdicionais de pacificação social, tal qual é a mediação.

Pregamos, pois, tal qual François Ost<sup>41</sup>, que diante da complexidade dos casos sociais, do desenvolvimento científico e da globalização, é necessário um resgate da velha regra de “prudência” da qual certo direito extrai seu nome. E a institucionalização da prudência se dá exatamente por meio do procedimento e dos equivalentes jurisdicionais.

Isso porque, se de um lado o processo não pode ser organizado arbitrariamente pelo legislador, nem arbitrariamente conduzido pelo juiz sendo dependente do direito material, da Constituição e dos valores, de outro, a jurisdição tem diversos limites em sua atuação social, notadamente sobre o ponto de vista de uma solução legítima e efetiva de muitos dos conflitos a ela submetidos.

Ademais, como ressaltou Ascensão José de Oliveira<sup>42</sup>: *“O direito não é uma ordem estática e acabada. É antes dinâmica, porque necessariamente se manifesta na ação. E também a ação jurídica, como toda ação, deve ser comandada pela prudência – a prudência romana ou a phronesis dos gregos. [...] O direito aparece-nos assim à partida como uma dialética da ordem e da prudência”*.

Pois bem, fixadas tais premissas fundamentais e indispensáveis ao enquadramento contemporâneo do sistema de direitos e da jurisdição, bem como demonstrada a importância e a necessidade de métodos alternativos de solução de

---

<sup>40</sup> Luiz Guilherme Marinoni, tratando das repercussões da transformação do direito sobre a figura do juiz, ensina: *“O juiz não é mais a boca da lei, como queria Montesquieu, mas sim o projetor de um direito que toma em consideração a lei à luz da Constituição e, assim, faz os devidos ajustes para suprir as suas imperfeições ou encontrar uma interpretação adequada, podendo chegar a considerá-la inconstitucional no caso em que a sua aplicação não é possível diante dos princípios de justiça e dos direitos fundamentais”*. MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo. Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. Obj. de citação p. 54.

<sup>41</sup> OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: Tres modelos de Juez. Obj. de ref. p. 193.

<sup>42</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. Introdução à ciência do Direito. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. Obj. de citação pp. 4-5.

conflitos para se atingirem os escopos do Estado Democrático-deliberativo de Direito, cabe, como próximo passo, ingressarmos em uma investigação de caráter dogmático da mediação, buscando compreender suas especificidades ao mesmo tempo em que almejamos proceder a uma análise crítica de alguns dos pontos polêmicos sobre o tema.

Como já afirmado, neste ano de 2008 o Projeto de Lei 4.827 completa dez anos de tramitação, tendo recebido diversas redações e suscitado um interminável debate sobre o instituto da mediação entre os mais variados setores da sociedade civil.

Não obstante ainda não ter se convertido formalmente em Lei, é preciso que se diga que a mediação está largamente difundida no Brasil e já é exercida inclusive dentro dos órgãos do Poder Judiciário, na medida em que se funda na livre manifestação de vontade das partes e na escolha por um instrumento mais profundo de solução do conflito<sup>43</sup>.

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

O que se procura é a real pacificação do conflito por meio de um mecanismo de diálogo (discurso racional)<sup>44</sup>, compreensão e ampliação da cognição das partes sobre os fatos que as levaram àquela disputa.

Nessa parte do trabalho, pois, vamos procurar apresentar alguns institutos da mediação e comentar dispositivos do Projeto de Lei que consideramos sejam, ainda, mercedores de maior reflexão.

Nessa linha de raciocínio, entendemos a mediação, numa definição bastante singela, como o instrumento de solução de um conflito, por meio do qual os litigantes buscam o auxílio de um terceiro imparcial, e que seja detentor de sua confiança.

---

<sup>43</sup> Projeto "Movimento pela Conciliação" liderado pelo Conselho Nacional de Justiça e coordenado por Lorenzo Lorenzoni e Germana Moraes, disponível no sítio <http://www.cnj.gov.br>, acesso em 15 de abril de 2008.

<sup>44</sup> Habermas, ao cuidar do discurso racional, afirma: *"E 'discurso racional' é toda a tentativa de entendimento sobre pretensões de validade problemáticas, na medida em que ele se realiza sob condições da comunicação que permitem o movimento livre de temas e contribuições, informações e argumentos no interior de um espaço público constituído através de obrigações ilocucionárias."* HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Obj. de citação p. 142.

Esse terceiro, como visto, não tem a missão de decidir (e nem a ele foi dada autorização para tanto); e é justamente isso que faz com que as partes procurem o mediador e exponham de forma mais sincera os seus problemas. Cabe ao mediador auxiliá-las na obtenção da solução consensual, fazendo com que elas enxerguem os obstáculos ao acordo e possam removê-los de forma consciente, como verdadeira manifestação de sua vontade e de sua intenção de compor o litígio como alternativa ao embate.

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

Na mesma linha, ao tratar do tema, Maria de Nazareth Serpa<sup>45</sup>, define mediação como “*um processo informal, voluntário, onde um terceiro interventor, neutro, assiste aos disputantes na resolução de suas questões*”. Sendo que o papel desse interventor é ajudar na comunicação através da neutralização de emoções, formação de opções e negociação de acordos.

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

José Maria Rossani Garcez<sup>46</sup> afirma que a mediação terá lugar quando, devido à natureza do impasse, quer seja por suas características ou pelo nível de envolvimento emocional das partes, fica bloqueada a negociação, que assim, na prática, permanece inibida ou impedida de se realizar.

Realmente, a tendência natural das pessoas é a de tentar resolver o problema por si mesmas, sem o auxílio de terceiros. Por vezes, contudo, tal estratégia acaba por tornar o conflito ainda mais intenso e afastar a solução que não pôde ser enxergada pelas partes dado o seu envolvimento emocional.

---

<sup>45</sup> SERPA, Maria de Nazareth. Teoria e Prática da Mediação de Conflitos, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 90.

<sup>46</sup> GARCEZ, José Maria Rossani. Negociação. ADRS. Mediação. Conciliação e arbitragem. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. Obj. de ref. p. 35.

Ainda na perspectiva conceitual, Roberto Portugal Bacellar<sup>47</sup> define mediação como uma *“técnica lato senso que se destina a aproximar pessoas interessadas na resolução de um conflito a induzi-las a encontrar, por meio de uma conversa, soluções criativas, com ganhos mútuos e que preservem o relacionamento entre elas”*.

Normalmente essas pessoas, após um fracassado processo de negociação, chegam à conclusão de que não são capazes, por elas próprias, de remover os obstáculos que impedem a celebração do acordo<sup>48</sup>. Buscam, num terceiro, o auxílio para desobstruir a via do consenso, que sabem existir, embora não sejam capazes de encontrá-la<sup>49</sup>.

Mas é possível também, e é preciso que se advirta dessa possibilidade, que a via consensual esteja irremediavelmente comprometida, por conta um relacionamento já desgastado pelo tempo, pelas intempéries de uma ou ambas as partes e ainda pela falta de habilidade em lidar com o conflito, daí propormos a mediação como alternativa complementar e não substitutiva à jurisdição ou à arbitragem.

Isso porque, nesses casos, deve se recorrer à adjudicação ou decisão forçada, hipótese em que um terceiro deverá, após se certificar que não há mais possibilidade de acordo, emitir um juízo de valor acerca da situação concreta na qual os interesses das partes estão contrapostos. E a referida adjudicação vai assumir, basicamente, a forma de arbitragem ou de jurisdição.

E aqui precisamos deixar um ponto bem claro: assim como a jurisdição, conforme já afirmamos, tem os seus limites (examinada num plano de efetividade, enquanto meio de solução de controvérsias), ou seja, não é o meio mais indicado para conflitos que envolvem relações continuadas com forte componente emocional; também a mediação tem lá suas fronteiras, as quais não devem ser negligenciadas.

---

<sup>47</sup> BACELLAR, Roberto Portugal. Juizados especiais – a nova mediação paraprocessual. São Paulo: Revista dos Tribunais. Obj. de citação p. 174.

<sup>48</sup> No mesmo sentido, Maria de Nazareth Serpa afirma que a mediação é um *“processo onde e através do qual uma terceira pessoa age no sentido de encorajar e facilitar a resolução de uma disputa sem prescrever qual a solução. Um de seus aspectos-chave é que incorpora o uso de um terceiro que não tem nenhum interesse pessoal no mérito das questões. Sem essa intervenção neutra, as partes são incapazes de engajar uma discussão proveitosa. O terceiro interventor serve, em parte, de árbitro para assegurar que o processo prossiga efetivamente sem degenerar em barganhas posicionais ou advocacia associada”*. Obj. de citação p. 147.

<sup>49</sup> Afirma João Roberto da Silva que *“a base do processo de mediação é a visão positiva do conflito. A ciência desta ensina o conflito como algo necessário para o aperfeiçoamento humano, seja pessoal, comercial, tecnológico, ou outro qualquer, pois, quando considera a concepção de realidade não traça um ser mediano e repleto de retidão. Para a mediação frente a análise de realidade não há ninguém normal ou anormal, somente se tem diferentes modelos de realidade”*. SILVA, João Roberto da. A mediação e o processo de mediação. São Paulo: Paulistanajur Edições, 2004. Obj. de citação p. 15.

Em outras palavras, é um erro pensar na mediação como a panacéia para todos os males, até porque, sua premissa básica é a voluntariedade e a boa fé de seus atores. E aqui vai nossa primeira crítica concreta ao Projeto de Lei; a mediação não deve ser utilizada indiscriminada e genericamente em todos os procedimentos civis. Deve haver um mecanismo de filtragem, de modo a que a mediação seja utilizada, apenas, nas hipóteses nas quais possa ser útil.

Prosseguindo em nossas considerações gerais, podemos dizer que três são os elementos básicos para que possamos ter um processo de mediação: a existência de partes em conflito, uma clara contraposição de interesses e um terceiro neutro capacitado a facilitar a busca pelo acordo.

Com relação às partes, podem ser elas pessoas físicas ou jurídicas. Podem ser também entes despersonalizados, desde que se possa identificar seu representante ou gestor. Podem ser ainda menores, desde que devidamente assistidos por seus pais (veja-se, por exemplo, a utilidade da mediação em conflitos juvenis e escolares e a sua potencialidade como instrumento de prevenção ao envolvimento de adolescentes com atividades criminosas, uma das áreas mais profícuas para a chamada “justiça restaurativa”).

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

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

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

Para Nuria Beloso Martín<sup>50</sup>, a mediação se caracterizará sempre pelos seguintes elementos: a) voluntariedade; b) eleição do mediador; c) aspecto privado; d)

---

<sup>50</sup> MARTÍN, Nuria Beloso. Reflexiones sobre Mediación Familiar: Algunas Experiencias en el Derecho Comparado. Artigo gentilmente cedido pela autora quando ministrou disciplina no Curso de Mestrado em Direito da UNESA em novembro de 2005.

cooperação entre as partes; e) conhecimentos específicos (habilidade) do mediador; f) reuniões programadas pelas partes; g) informalidade; h) acordo mútuo; i) ausência de sentimento de vitória ou derrota.

Desse modo, via de regra, a mediação é um procedimento extrajudicial e ocorre, como visto acima, antes da procura pela adjudicação. Contudo, nada impede que as partes, já tendo iniciado a etapa jurisdicional, resolvam retroceder em suas posições e tentar, uma vez mais, a via conciliatória.

Não custa enfatizarmos que o melhor modelo, a nosso ver, é aquele que admoesta as partes a procurarem a solução consensual, com todas as suas forças, antes de ingressarem com a demanda judicial. É desnecessário ter um sistema de mediação incidental muito bem aparelhado, eis que já terá havido a movimentação da máquina judiciária, quando, em muitos dos casos, isto poderia ter sido evitado.

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

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

Estamos pregando aqui uma ampliação no conceito processual de interesse em agir, como forma de racionalizar a prestação jurisdicional e evitar a procura desnecessária pelo Poder Judiciário, promovendo-se, ademais, uma ampliação de métodos mais democráticos, participativos e até mesmo mais efetivos de solução dos conflitos.

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

Tal visão pode levar a uma dificuldade de sintonia com o Princípio da Indelegabilidade da Jurisdição, na esteira de que o juiz não pode se eximir de sua função

de julgar, ou seja, se um cidadão bate as portas do Poder Judiciário, seu acesso não pode ser negado ou dificultado, na forma do artigo 5º, inciso XXXV da Carta de 1988.

Porém, o que deve ser esclarecido é que o fato de um jurisdicionado solicitar a prestação estatal não significa que o Poder Judiciário deva, sempre e necessariamente, ofertar uma resposta de índole impositiva, limitando-se a aplicar a lei ao caso concreto, tal qual faria o Juiz Júpiter. Pode ser que o Juiz entenda que aquelas partes precisem ser submetidas a uma instância conciliatória, pacificadora, antes de uma decisão técnica, adotando verdadeira postura de um mediador, um pacificador, revestindo-se com as características do Juiz Hermes, tratado acima.

E mais, num momento inicial, como é este em que se encontra o direito brasileiro, requer certa dose de postura educativa e pedagógica, a fim de proporcionar a referida circulação do logos jurídico e não apenas um “inútil solilóquio de um retórico”, conforme afirmou Calamandrei.

Tal postura, nos termos já propostos acima, não só pode como deve ser incentivado pelo próprio Poder Judiciário<sup>51</sup>. Nesse sentido, vale a pena dar uma olhada no “*Alternative Dispute Resolution Act*”<sup>52</sup> de 1988, em vigor nos Estados Unidos.

---

<sup>51</sup> Importante deixar clara essa nova dimensão do Poder Judiciário, aparentemente minimalista, numa interpretação superficial, mas que na verdade revela toda a grandeza desta nobre função do Estado. Nessa perspectiva, efetividade não significa ocupar espaços e agir sempre, mas intervir se e quando necessário, como ultima ratio. Veja-se o excerto adiante transcrito da obra de Eligio Resta: “*A oferta monopolista de justiça foi então incorporada no interior do sistema da jurisdição, delegado a receber e a regular uma conflitualidade crescente; tecnicamente aquilo que levou a altos graus de ineficiência o sistema da jurisdição foi um crescimento vertiginoso das expectativas e das perguntas a isso referidas. Tecnicamente se chama explosão da litigiosidade, que tem muitas causas, mas que nunca foi analisada de forma mais profunda. É notório como a nossa estrutura jurídico-política foi sempre muito atenta aos remédios (portanto reformas perenes das normas), quase nunca às causas, deixando de lado análises atentas sobre a litigiosidade que cresce, que é constantemente traduzida na linguagem jurídica e que se dirige à jurisdição sob a forma irrefreável de procedimentos judiciais. (...) Em face de tal hipertrofia, a direção da política do direito, na qual mover-se, me parece que deva ser no sentido de uma jurisdição mínima, contra uma jurisdição tão onívora quanto ineficaz*”. (RESTA, Eligio [trad. Sandra Vial]. O Direito Fraternal. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004. Obj. de citação pp. 99-100).

<sup>52</sup> Seguem os principais excertos do “Act”: “(...) (2) certain forms of alternative dispute resolution, including mediation, early neutral evaluation, minitrials, and voluntary arbitration, may have potential to reduce the large backlog of cases now pending in some Federal courts throughout the United States, thereby allowing the courts to process their remaining cases more efficiently; (...) (b) AUTHORITY- Each United States district court shall authorize, by local rule adopted under section 2071(a), the use of alternative dispute resolution processes in all civil actions, including adversary proceedings in bankruptcy, in accordance with this chapter, except that the use of arbitration may be authorized only as provided in section 654. Each United States district court shall devise and implement its own alternative dispute resolution program, by local rule adopted under section 2071(a), to encourage and promote the use of alternative dispute resolution in its district. (...) SEC. 4. JURISDICTION. Section 652 of title 28, United States Code, is amended to read as follows: Sec. 652. Jurisdiction (a) CONSIDERATION OF ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION IN APPROPRIATE CASES- Notwithstanding any provision of law to the contrary and except as provided in subsections (b) and (c), each district court shall, by local rule adopted under section 2071(a), require that litigants in all civil cases consider

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

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

Voltando à questão da mediação propriamente dita, como já tivemos oportunidade de ressaltar<sup>53</sup>, de acordo com a postura do mediador, podemos classificar o procedimento em ativo ou passivo.

Na mediação passiva o terceiro apenas ouve as partes, agindo como um facilitador<sup>54</sup> do processo de obtenção de uma solução consensual para o conflito, sem apresentar o seu ponto de vista, possíveis soluções ou propostas concretas às partes.

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

---

the use of an alternative dispute resolution process at an appropriate stage in the litigation. Each district court shall provide litigants in all civil cases with at least one alternative dispute resolution process, including, but not limited to, mediation, early neutral evaluation, minitrial, and arbitration as authorized in sections 654 through 658. Any district court that elects to require the use of alternative dispute resolution in certain cases may do so only with respect to mediation, early neutral evaluation, and, if the parties consent, arbitration. (b) ACTIONS EXEMPTED FROM CONSIDERATION OF ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION- Each district court may exempt from the requirements of this section specific cases or categories of cases in which use of alternative dispute resolution would not be appropriate. In defining these exemptions, each district court shall consult with members of the bar, including the United States Attorney for that district.”. Fonte: <http://www.pubklaw.com/hi/105-315.html>, acesso em 30 de setembro de 2007.

<sup>53</sup> PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Mediação – a redescoberta de um velho aliado na solução de conflitos. In: Acesso à Justiça: efetividade do processo (org. Geraldo Prado). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

<sup>54</sup> O termo facilitação vem sendo largamente utilizado na literatura especializada em mediação. Confira-se, por todos, SINGER, Linda R. Settling Disputes. 2<sup>nd</sup> edition. Colorado: Westview, 1994. Obj. de ref. p. 24.

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

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

A mediação é um trabalho artesanal, que deve ser empreendido com base no diálogo e na cooperação entre as partes, de forma que por meio de tomadas de posição equânimes sejam preenchidas as lacunas existentes em suas relações, atingindo-se um consenso, ou, ao menos, um compromisso leal<sup>55</sup>.

Para fins de se promover a mediação, portanto, cada caso é único. Demanda tempo, estudo, análise aprofundada das questões sob os mais diversos ângulos. O mediador deve se inserir no contexto emocional-psicológico do conflito. Deve buscar os interesses, por trás das posições externas assumidas<sup>56</sup>, para que possa indicar às partes o possível caminho que elas tanto procuravam<sup>57</sup>.

É um processo que pode se alongar por semanas, com inúmeras sessões, inclusive com a participação de co-mediadores, estando as partes, se assim for de seu desejo, assistidas a todo o tempo por seus advogados, devendo todos os presentes anuírem quanto ao procedimento utilizado e à maneira como as questões são postas na mesa para exame (atitude voltada para o entendimento mútuo)<sup>58</sup>.

---

<sup>55</sup> Vale advertir que um compromisso é um acerto, uma média entre duas idéias. O consenso, contudo, exige entendimento mútuo, ou seja, a aceitação dos mesmos argumentos pelas mesmas razões. Nesse sentido, ao diferenciar a moral do direito José Pedro Luchi afirma: “[...] na moral o ponto de vista considerado é apenas aquele mais abstrato de uma resolução de conflitos que possa resultar no que é “bom” para todos os envolvidos, enquanto no Direito se inserem também questões da auto-compreensão da coletividade e, então, dos fins e valores e dos meios para realizá-los. Também deve ser incluído o âmbito dos compromissos negociáveis, onde não há possibilidade de entendimento”. LUCHI, José Pedro. A lógica dos Direitos Fundamentais e dos Princípios do Estado. In: *Linguagem e Sociabilidade*. José Pedro Luchi (org.) Vitória: EDUFES, 2005. Obj. de citação p.143.

<sup>56</sup> FISCHER, Roger and William Ury. *Getting to Yes: Negotiating Agreement without Giving In*. Boston: Houghton Mifflin Co., 1981.

<sup>57</sup> Cf, também, as seguintes obras: CRAVER, Charles B. *Effective Legal Negotiation and Settlement*. New York: Lexis, 2001; SINGER, Linda R. *Settling Disputes*. 2<sup>nd</sup> edition. Colorado: Westview, 1994; e WILLIAMS, Gerald R. *Legal Negotiations and Settlement*, Minnesota: West, 1983.

<sup>58</sup> Para Habermas: “O acordo no sentido estrito só é então alcançado se os envolvidos podem aceitar uma pretensão de validade pelas mesmas razões, enquanto um entendimento mútuo acontece mesmo quando um vê que o outro, à luz de suas preferências, tem sob circunstâncias dadas boas razões para a intenção declarada, isto é, razões que são boas para ele, sem que o outro precise se apropriar delas à luz de suas próprias preferências”. HABERMAS, Jürgen. *Verdade e Justificação: ensaios filosóficos*. Tradução Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2004. Obj. de citação p. 115.

Desse modo, o elemento principal para a compreensão da mediação é a formação de uma cultura de pacificação<sup>59</sup>, em oposição à cultura hoje existente em torno da necessidade de uma decisão judicial para que a lide possa ser resolvida.

Nesse sentido, o artigo 1º, na redação atual do Projeto, dispõe de forma inquévoca que a modalidade a ser adotada pelo Brasil será a passiva, dando a entender que a chamada mediação ativa (conciliação) não se coaduna com o espírito do legislador.

Nesse ponto, mister algumas considerações.

A distinção entre mediação e conciliação é tarefa um tanto árdua. Alguns autores recomendam tratar os dois termos como sinônimos. Entretanto, na Itália<sup>60</sup> os autores traduzem a palavra inglesa *mediation* para *conciliazione*, reservando o termo *mediazione* para a gestão dos conflitos em matéria familiar, social, escolástica e penal. Isto com o objetivo de distinguir claramente a atividade praticada pelo Estado em face da existência ou iminência de um processo (*conciliazione*), da atividade meramente espontânea de pacificação social, praticada em face da existência de conflitos latentes ou iminentes, mas sem que ainda se tenha cogitado do processo judicial (*mediazione*).

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

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

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

---

<sup>59</sup> WATANABE, Kazuo. Cultura da Sentença e Cultura da Pacificação, in Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover (org. Flávio Luiz Yarchell e Maurício Zanoide de Moraes), São Paulo: DPJ, 2005. Obj. de ref. pp. 684-690.

<sup>60</sup> Conferir, por todos, PINHO, Humberto Dalla Bernardina de [organizador]. *Teoria Geral da Mediação à luz do Projeto de Lei e do Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

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

Apesar do acerto do Projeto quanto à opção pela mediação dita passiva, merece crítica o dispositivo que cria uma instância superveniente de conciliação, mesmo após ter sido tentada a mediação em sessão própria, antes ou durante o processo.

Isso se dá pela alteração sugerida pelo Projeto<sup>61</sup> ao artigo 331 do CPC, no sentido de adotar a “early neutral evaluation” do direito norte-americano no bojo da audiência de conciliação.

Pode-se afirmar que esta inovação está em oposição ao Princípio da Duração Razoável do Processo, consubstanciada no artigo 5º, inciso LXXVIII da Carta de 1988 (inserido pela Emenda Constitucional n.º 45/04), uma vez que o procedimento fica “inchado” desnecessariamente.

Como já referimos, o equívoco está em trazer a atividade mediadora para dentro da instância jurisdicional, ao invés de se tentar tal medida em caráter profilático e prévio.

Diante desses elementos, a seguinte indagação se impõe: A mediação é o modo apropriado para resolver aquele conflito entre aquelas partes?

---

<sup>61</sup> Art. 43. O art. 331 e parágrafos da Lei nº 5.869, de 1973, Código de Processo Civil, passam a vigorar com a seguinte redação: “Art. 331. Se não se verificar qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo máximo de trinta dias, para qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir. §1º Na audiência preliminar, o juiz ouvirá as partes sobre os motivos e fundamentos da demanda e tentará a conciliação, mesmo tendo sido realizada a tentativa de mediação prévia ou incidental. §2º A lei local poderá instituir juiz conciliador ou recrutar conciliadores para auxiliarem o juiz da causa na tentativa de solução amigável dos conflitos. §3º Segundo as peculiaridades do caso, outras formas adequadas de solução do conflito poderão ser sugeridas pelo juiz, inclusive a arbitragem, na forma da lei, a mediação e a avaliação neutra de terceiro. §4º A avaliação neutra de terceiro, a ser obtida no prazo a ser 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. §5º Obtido o acordo, será reduzido a termo e homologado pelo juiz. §6º Se, por qualquer motivo, a conciliação não produzir resultados e não for adotado outro meio de solução do conflito, o juiz, na mesma audiência, fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário.” (NR)

Esta é a pergunta crítica no começo de qualquer mediação, além de ser a pergunta a ser feita durante todo o processo, tanto pelas partes quanto pelo mediador.

O ponto central em determinar a propriedade da mediação reside em saber se as partes podem lidar justamente uma com a outra. Diferenças na abertura das partes para o processo, a tendência de uma parte em dominar a outra, desigualdade em habilidade (ou disposição) para lidar com o assunto podem se mostrar relevantes.

Achamos válido focar em quatro critérios para avaliar o que será necessário para se obter um processo de mediação bem sucedido:

1) Cada uma das partes está motivada a mediar (e estão essas motivações consistentes com os objetivos da mediação)?

2) Estão prontas a serem responsáveis por tomar as decisões que precisam ser tomadas?

3) Estão dispostas a lidar diretamente uma com a outra (incluindo o conflito)?

4) Estão abertas a alcançar um resultado que seja aceitável para ambas?

A decisão de mediar ou não deve ser informada, além de ser suscetível à reconsideração. A hesitação da parte deve ser encarada com seriedade; cada parte deve estar disposta a mediar (atitude voltada para o entendimento) para que o processo seja significativo. O mediador tem a responsabilidade de observar esta questão e ajudar a esclarecer seus diferentes elementos.

Entender e deixar explícitas as motivações para mediar pode ser um enorme auxílio para alcançar um resultado.

Por fim, a decisão de ir adiante com a mediação deve ter a concordância de todos os envolvidos. A decisão de mediar ou de continuar a mediar não deve ser afetada por um julgamento. Se as partes não estiverem prontas a trabalhar no contexto da mediação, os fatores indicativos dela devem mudar para que em algum momento adiante a mediação possa ser novamente tentada.

Por outro lado, uma decisão inicial de seguir com a mediação é sempre matéria a ser revisada conforme as partes se confrontem com a realidade de suas diferenças e as decisões que precisam ser tomadas.

A decisão de não mediar ou de interromper a mediação não significa que só reste as pessoas a opção de uma demanda adversarial. É preciso trabalhar todas as possibilidades.

Diante de todas as considerações expostas ao longo do trabalho, fruto de demoradas análises do tema sob os mais diversos ângulos, pensamos que algumas conclusões podem ser expostas, na tentativa de ofertar algum material crítico para os operadores do direito, a partir da introdução no direito brasileiro de uma disciplina positivada para a mediação.

Nessa perspectiva é nosso sentir que o aperfeiçoamento do aparelho judiciário e da administração da justiça não correspondeu ao progresso científico do direito processual<sup>62</sup>. Ademais, ainda estamos longe de atingir, no Brasil, a existência plena de um perfil dos magistrados que se alinhem à postura do Juiz Hermes.

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

Como já tivemos oportunidade de ressaltar<sup>63</sup>, a mediação deve ser utilizada, preferencialmente, em disputas envolvendo pessoas físicas que não só mantém entre si um vínculo duradouro que resistirá aquele processo, como também serão influenciadas por ele no futuro.

Deve ser instituído um mecanismo prévio e obrigatório para a tentativa da solução negociada dos conflitos, ainda que não necessariamente a mediação.

---

<sup>62</sup> “A sobrecarga dos tribunais, a morosidade dos processos, seu custo, a burocratização da justiça, certa complicação procedimental; a mentalidade do juiz, que deixa de fazer uso dos poderes que os códigos lhe atribuem; a falta de informação e de orientação para os detentores dos interesses em conflito; as deficiências do patrocínio gratuito, tudo leva a insuperável obstrução das vias de acesso à justiça e ao distanciamento cada vez maior entre o Judiciário e seus usuários. O que não acarreta apenas o descrédito na magistratura e nos demais operadores do direito, mas tem como preocupante consequência a de incentivar a litigiosidade latente, que freqüentemente explode em conflitos sociais, ou de buscar vias alternativas violentas ou de qualquer modo inadequadas (desde a justiça de mão própria, passando por intermediações arbitrárias e de prepotência, para chegar até os ‘justiceiros’)”. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. WATANABE, Kazuo. Participação e Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 278.

<sup>63</sup> PINHO, Humberto Dalla Bernardina de Pinho. Mediação: a redescoberta de um velho aliado na solução de conflitos. In Acesso à Justiça: efetividade do processo, [org. Geraldo Prado]. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 105-124.

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

O juiz, se se convencer das alegações do autor, profere o despacho liminar positivo e determina a citação do réu; se entender, ao contrário, que há espaço e viabilidade para uma solução pacífica, designa uma sessão de mediação (incidental).

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

Cada mediação envolve um conhecimento mais aprofundado do caso, técnicas específicas para o enfrentamento dos mais diversos tipos de conflitos, o estabelecimento de uma relação de confiança e uma postura ética inquestionável do mediador.

Como já foi referido, inúmeras vezes, ao longo do texto, é imperiosa a mudança de mentalidade entre os operadores do direito; há que se abandonar a cultura da sentença e adotar a cultura da pacificação e do entendimento mútuo.

Tal mudança de mentalidade, contudo, deve ser iniciada nos bancos das faculdades de direito. Disciplinas como “teoria do conflito”, “mecanismos de solução alternativa de conflitos”, “negociação” e “conciliação” devem ser introduzidas nos programas de graduação.

Toda Faculdade de Direito deveria ter, ao menos, uma dessas matérias em sua grade de disciplinas obrigatórias. Ademais, os escritórios modelos deveriam incluir um período de “*clínica de mediação*”, tendo o suporte de uma equipe interdisciplinar, formada por psicólogos, assistentes sociais e terapeutas, de forma a permitir uma formação mais adequada ao acadêmico.

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

Aliado a isso, é preciso uma grande e prolongada campanha de esclarecimento à população a fim de que, de um lado, não se criem falsas expectativas; e, de outro, não se permita uma desconfiança quanto ao novo instituto, fruto de uma tradição ligada ao fato de que apenas o juiz “Hércules” pode resolver o problema.

O sistema de mediação prévia e incidental deve ser repensado, sob pena de submeter o processo a mais uma desnecessária delonga. É preciso uma racionalização na prestação jurisdicional.

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

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

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

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

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

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

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

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

Costumamos dizer que ninguém deve se apresentar como mediador; essa qualidade é atribuída pela sociedade a partir da observação e do reconhecimento das atitudes daquela pessoa. Hoje, os árbitros mais bem sucedidos e requisitados no mercado são pessoas que devotaram suas vidas à construção de uma reputação sólida e confiável.

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

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

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

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

O legislador não menciona a figura do “caucus”, ou seja, a possibilidade do mediador, durante o processo de mediação, reunir-se em separado com apenas uma das partes.

Trata-se de técnica controvertida, mas aceita majoritariamente pela doutrina clássica norte-americana, e que tem por objetivo assegurar que as partes estejam sempre no mesmo nível de compreensão do problema.

Por outro lado, os críticos dessa postura, como os adeptos da Escola de Harvard<sup>64</sup>, lembram que isso traz insegurança e desconfiança para a parte que não participou da sessão privada, podendo frustrar todo o processo, posição essa que, apesar de tornar mais longo e complexo o caminho da solução do conflito, parece, sem dúvida, ser a mais isonômica e transparente.

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

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

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

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

Quer nos parecer que a Lei deve, apenas, fixar as premissas básicas, sem arrolar casos específicos.

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

O Direito, toda vez que é aplicado como mecanismo de resolução de disputas, deixa marcas na sociedade e talvez aí esteja sua grande vantagem, a estipulação de comportamento futuro como parte de sua função educativa e protetora.

Entretanto, quando é instrumento de determinação de perda ou ganho em um conflito, concorre sempre para a multiplicação ou potencialização do conflito.

---

<sup>64</sup> HARVARD LAW SCHOOL. Advanced Mediation Workshop. Program of Instruction for Lawyers. Textbook and class materials. Cambridge, Massachusetts, June, 2004. Sob a perspectiva dos negociadores, veja-se: MNOOKIN, Robert H. *Beyond Winning*, Cambridge: Harvard University Press, 2000; e BRESLIN, J. William & RUBIN, Jeffrey Z. *Negotiation Theory and Practice*, Cambridge: Harvard University Press, 1999.

Como é preciso encerrar em algum momento e as matérias suscitadas nesse texto abrem caminho para tantos outros questionamentos, gostaríamos de dizer, por último, que a mediação é um extraordinário instrumento que possibilita a compreensão do conflito a partir da participação efetiva dos envolvidos, sendo, pois, mecanismo que se alinha perfeitamente ao modelo democrático-pluralista do juiz Hermes, ao postulado da máxima cooperação<sup>65</sup> e, ainda, à moldura da teoria do discurso e de uma racionalidade comunicativa.

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

O cidadão procura o Juiz<sup>66</sup> “Hércules”, “despeja” seu problema e fica ao lado, aguardando impacientemente, reclamando e espraguejando se a solução demora ou se não vem do jeito que ele deseja. Estamos em que as partes devem ser envolvidas de forma mais direta na solução dos conflitos e a mediação contribuirá, em muito, para isso.

A implementação dessas idéias permitirá que o procedimento da mediação seja gravado com as mesmas garantias inerentes ao processo judicial num Estado Democrático de Direito, viabilizando e justificando esse meio alternativo dentro da exigência de um processo “justo”, na ótica da moderna doutrina processual italiana<sup>67</sup> e obediente aos postulados clássicos do *due process of law*.

---

<sup>65</sup> Tratando dos modelos normativos de democracia, após preconizar a insuficiência dos modelos liberal e social, Hermes Zaneti Júnior aponta para a máxima cooperação processual como única forma capaz de dar conta das complexidades do Estado Democrático de Direito. Vejam-se as suas palavras: “*A proposta que se entende deva prevalecer é a que reconhece a “máxima cooperação”, como observância da participação das partes e como alternativa aos discursos antagônicos, uma composição fundada na tentativa de harmonizar, pelo discurso e pela “pretensão de correção”, a contraposição entre os objetivos sociais e as liberdades individuais do processo*”. (ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007. Obj. de citação pp. 165-166.) Sobre o Princípio da Máxima Cooperação no Processo conferir, também: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Poderes do Juiz e visão cooperativa do processo. In: *AJURIS: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, ano XXX, nº. 90, pp. 55-84, jun. 2003.

<sup>66</sup> “*A sociedade aprendeu a levar os conflitos para os tribunais. Com as leis aprendeu a evitar a violência, a guerra e a cobrança de seus interesses, necessidades e direitos, com as próprias mãos. Mas esqueceu como resolver conflitos em meio a essas mesmas necessidades e interesses delegando poderes que só ela por si pode exercer. Esqueceu como conquistar e administrar a paz*”. SERPA, Maria de Nazareth. *Teoria e Prática da Mediação de Conflitos*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 62.

<sup>67</sup> Ver, por todos, COMOGLIO, Luigi Paolo. *Garanzie Costituzionali e "Giusto Processo"* (Modelli a confronto) in *Revista de Processo*, vol. 90, ano 23, abr-jun/1998, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 95-148; \_\_\_\_\_, *Garanzie Minime del "Giusto Processo" Civile negli ordinamenti ispano-latinoamericani* in *Revista de Processo*, vol. 112, ano 28, out/dez/2003, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 159-176; TARZIA,

## BIBLIOGRAFIA

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

ANDRIGHI, Fátima Nancy. *Juiz contemporâneo deve ser um pacificador*. Notícia veiculada no endereço eletrônico [www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br), em 25/08/2006.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Introdução à ciência do Direito*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

AZEVEDO, André Gomma. *Perspectivas metodológicas do processo de mediação: apontamentos sobre a autocomposição no direito processual*, In Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação, vol. 2. Brasília: Grupos de Pesquisa UnB, 2003. Disponível no sítio <http://www.unb.br/fd/gt/Volume2.pdf>, consultado em 06.12.2006.

BACELLAR, Roberto Portugal. *Juizados especiais - a nova mediação paraproccssual*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Breve noticia sobre la conciliación em el proceso civil brasileiro*, In Temas de Direito Processual, 5ª série. Rio de Janeiro: Saraiva, 1994.

CAIVANO, Roque J.; GOBBI, Marcelo; PADILLA, Roberto E. *Negociación y Mediación: Instrumentos apropiados para la abogacía moderna*. 2.ª edición actualizada y ampliada. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006.

CALMON, Petrônio. *Fundamentos da Mediação e da Conciliação*, Rio de Janeiro: Forense, 2007.

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

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, reimpresso 2002.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. Vol. 1. 9ª ed. rev. ampl. atu. Salvador: Juspodivm, 2008.

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

FISS, Owen. *Um novo processo civil*. Trad. Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Ed. RT, 2004.

FULLER, Lon L. *The Forms and Limits of Adjudication*, *In Harvard Law Review* 353. 1978.

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

GRECO, Leonardo. *Garantias Fundamentais do Processo: O Processo Justo*. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 20/12/2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *A Conciliação extrajudicial no quadro participativo, in Novas Tendências do Direito Processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

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

HARVARD LAW SCHOOL. *Advanced Mediation Workshop. Program of Instruction for Lawyers. Textbook and class materials*. Cambridge, Massachusetts, June, 2004.

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

\_\_\_\_\_ A lógica dos Direitos Fundamentais e dos Princípios do Estado. *In: Linguagem e Sociabilidade*. José Pedro Luchi (org.) Vitória: EDUFES, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. A Jurisdição no Estado Contemporâneo. *In: \_\_\_\_\_* (Coord.). *Estudos de Direito Processual Civil: homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pp. 13-66.

\_\_\_\_\_ *Do processo civil clássico à noção de direito a tutela adequada ao direito material e à realidade social*. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 08 de novembro de 2006.

\_\_\_\_\_. Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo. Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARTÍN, Nuria Belosso. *Reflexiones sobre Mediación Familiar: Algunas Experiencias en el Derecho Comparado*. In Revista de Direito Privado nº 24, out./dez. 2005 (coord. Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

\_\_\_\_\_. *La regeneración de la democracia y del demos a través de la deliberación: democracia liberal, democracia republicana y democracia neoconstitucional*. Artigo cedido pela autora em 02.05.08, a ser publicado na Revista Jurispoiesis da UNESA.

MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

MOORE, Christopher W. *The Mediation Process – Practical Strategies for Resolving Conflict*. 3rd Edition. San Francisco: Jossey-Bass, 2003.

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

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Leituras Complementares de Processo Civil*. 5ª ed. rev. atu. Salvador: Juspodivm, 2007, pp. 351-372.

\_\_\_\_\_. *Do formalismo no processo civil*. 2ª ed. rev. São Paulo Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. *Poderes do Juiz e visão cooperativa do processo*. In: *AJURIS: Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, ano XXX, nº. 90, pp. 55-84, jun. 2003.

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

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

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

\_\_\_\_\_. [organizador]. *Teoria Geral da Mediação à luz do Projeto de Lei e do Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

- RESTA, Eligio (trad. Sandra Vial). *O Direito Fraterno*. Santa Cruz do Sul, EDUNISC, 2004.
- SALES, Lília Maia de Moraes. *Justiça e Mediação de Conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- SERPA, Maria de Nazareth Serpa. *Teoria e Prática da Mediação de Conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.
- SILVA, João Roberto da. *A Mediação e o Processo de Mediação*. São Paulo: Paulistanajur, 2004.
- TARELLO, Giovanni. *Storia della cultura giuridica moderna*. Bologna: Il Mulino, 1976.
- VAZ, Alexandre Mário Pessoa. *Poderes e Deveres do Juiz na Conciliação Judicial*. Vol. I, Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 1976.
- WATANABE, Kazuo. *Cultura da Sentença e Cultura da Pacificação, in Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover* (org. Flávio Luiz Yarchell e Maurício Zanoide de Moraes). São Paulo: DPJ, 2005.
- ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

# IMPARCIALIDADE DOS ÁRBITROS: UM EXAME À LUZ DE PRECEDENTES JUDICIAIS

**Ana Carolina Weber**

*Advogada no Rio de Janeiro. Mestre em Direito Internacional pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro.*

## Introdução

Esse artigo foi elaborado no momento em que importantes Estados estão debatendo um aspecto específico da teoria da arbitragem: a imparcialidade dos árbitros. Seja em países da *common law*, como os Estados Unidos, seja em países da *civil law*, como a França, a temática tem figurado como ponto nodal em seminários, palestras, livros e decisões judiciais.

Devido à importância do tema, decidimos escrever sobre ele, focando naquilo que tem sido objeto de divergência de decisões proferidas por Cortes judiciais nacionais. Inicialmente, o que se percebe na doutrina especializada que debate os limites dessas decisões é que os juízes não têm estabelecido contornos uniformes para a revisão de decisões arbitrais por ausência de imparcialidade dos árbitros.

O artigo foi construído sobre seis tópicos principais. Inicialmente, dedica-se ao instituto da arbitragem, procurando estabelecer o conceito de arbitragem e sua importância para a solução de litígios entres particulares.

Em seguida, debruça-se sobre as características da arbitragem, focando predominantemente na liberdade de escolha do árbitros, os quais terão os poderes necessários para proferir decisão solucionadora do conflito.

Por conta deste ponto, analisamos a temática relativa à escolha do árbitro e os poderes que são a ele concedidos e, por consequência, a imparcialidade inerente à sua atuação. Importante destacar, desde já, que o exame da imparcialidade do árbitro tem por base a imparcialidade aplicável aos juízes, mas com ela não se confunde. Os limites e o conteúdo são diversos.

O quinto ponto abordado refere-se à análise de precedentes judiciais de diferentes Estados em que juízes se vêem obrigados a analisar à imparcialidade dos árbitros, em pedidos de anulação de sentenças arbitrais. Muitas dessas decisões são comentadas pelos doutrinadores da esfera arbitral.

Finalmente, enfrentamos a situação na qual determinado árbitro tinha a obrigação de divulgação de informação a respeito de sua parcialidade e não o fez.

## 1. Arbitragem: conceito e características

A arbitragem é um meio privado de solução de conflitos, relativos a direitos patrimoniais disponíveis, mediante o qual as partes selecionam um ou mais especialistas na matéria controversa, para decidir as disputas já existentes ou que venham a existir<sup>1</sup>. Carmen Tiburcio e Jacob Dolinger assim se manifestam:

*“A arbitragem é o meio mais utilizado de solução de litígios fora da esfera do Judiciário. Difere da mediação e da conciliação, pois*

---

<sup>1</sup> “A arbitragem já se viu, é um meio paraestatal de solução de conflitos, inserido nas conquistas alcançadas pela ‘terceira onda renovatória’ do Direito Processual. Trata-se de um meio de heterocomposição de conflitos, ou seja, um meio de composição do litígio em que este é solucionado por um terceiro, estranho ao conflito, isto é, a solução do conflito é obra de alguém que não é titular de nenhum dos interesses conflitos.” CAMARA, Alexandre Freitas. Arbitragem, Lei nº 9.307/96. 4ª ed., Rio de Janeiro: Lúmen Iuris. 2005, p.9. Ainda: “Diversos conceitos sobre arbitragem serão trazidos à luz no decorrer deste livro. Por ora, definir-se-á a arbitragem como uma técnica que visa solucionar questões de interesse de duas ou mais pessoas, físicas ou jurídicas, sobre as quais as mesmas possam dispor livremente em termos de transação ou renúncia, por decisão de uma ou mais pessoas – o árbitro ou os árbitros -, as quais têm poderes para assim decidir pelas partes por delegação expressa destes resultantes de convenção privada, sem estar investidos dessas funções pelo Estado.” GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. *Manual de Arbitragem*. 2ª ed., São Paulo: Método. p. 33. Do direito inglês temos: “Arbitration is a dynamic dispute resolution mechanism varying according to the law and international practice, national laws do not attempt a final definition. Although it does not provide a definition, the English Arbitration Act 1996 did set out clear statements of principle of what was expected from arbitration. Section 1 provides (a) the object of arbitration is to obtain the fair resolution of disputes by an impartial tribunal without unnecessary delay or expense; (b) the parties should be free to agree how their disputes are resolved, subject only to such safeguards as are necessary to public interest.” LEW, Julian D. M.; MISTELIS, Loukas A.; Kröll, Stefan M.. *Comparative International Commercial Arbitration*. Hague: Kluner Law International. 2003 p. 3. Zahed Amin assim conceitua: “Arbitration is considered an alternative adjudicative process where a designated neutral person, or a panel of neutral persons, conducts hearings and considers evidence to resolve the matter in dispute. The decision is rendered in the form of an award after all of the testimony and evidence relevant to the controversy is considered. This award is likely to be binding upon the parties if the decision to arbitrate was invoked on mandatory basis, usually pursuant to a contractual agreement to arbitrate.” AMIM, Zahed. Exposing Dead Air: Challenging the Constitutional Sufficiency of Uninsured Motorist Arbitration Procedures. *Ohio State Journal on Dispute Resolution*. 2007. p. 5.

*nesses as pendências entre as partes não são resolvidas por terceiros, mas pela vontade comum dos litigantes, com a ajuda de um mediador ou conciliador. Na arbitragem, as partes buscam a solução através de uma decisão imposta por um terceiro que atua como árbitro. (...)*

*Deve-se ainda distinguir a arbitragem de direito internacional privado da de direito internacional público. O Brasil tem tradição na participação em arbitragens de direito internacional público, na qualidade de parte ou de árbitro, sobretudo no que se refere a questões de fronteira. Ultimamente, o Brasil tem participado de arbitragens sobre questões ligadas ao comércio internacional, no âmbito da OMC e do Mercosul.”<sup>2</sup>*

Andreas Lowenfeld destaca algumas razões para a adoção da arbitragem como meio de solução de conflitos:

*“In addition to these considerations peculiar to international transactions, parties make provision for arbitration in international transaction for many of the same reasons that they provide for arbitration in domestic transactions – arbitration is usually confidential; it is usually quicker than litigation; especially in comparison with the crowded court calendars in all the world’s major commercial center, and there is no possibility of appeal. The perception has been that arbitration is less costly than litigation; whether this remains true in major international cases is open to doubt. It is not open to doubt, however, that agreements to arbitrate are by now a common – indeed*

---

<sup>2</sup> DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Arbitragem Comercial Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar. 2003, p. 19. César Fiuza assim define a arbitragem: “A arbitragem, enquanto equivalente jurisdicional, constitui espécie autônoma, ocorrendo sempre que duas ou mais pessoas submetam suas disputas ao arbítrio de terceiro, não integrante dos quadros do Poder Judiciário. É espécie autônoma, por não se confundir com autocomposição, em que não há intervenção de terceiro, como árbitro, nem tampouco com a mediação, em que o terceiro intervém não para decidir a disputa, mas para promover o acordo entre as partes.” FIUZA, César. *Teoria Geral da Arbitragem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 42.

*almost boilerplate – provision in a great many commercial contracts that reach across national frontiers.”<sup>3</sup>*

A arbitragem em comparação à solução de litígios pela via judicial apresenta diversas vantagens e também algumas diferenciações<sup>4</sup>. Neste tópico, trataremos de algumas delas<sup>5</sup>.

**a) Especialidade:** É dado às partes nomear como árbitros especialistas na matéria objeto da disputa. Isso concede uma maior consistência à decisão e também permite evitar eventuais gastos com perícias que deveriam ser realizadas em razão da especialidade da matéria.

Carmen Tiburcio e Suzana Medeiros comentam:

*“De fato, juízes e tribunais, por mais capacitados que possam ser, lidam com uma variedade de matérias que vão de questões possessórias a conflitos envolvendo a interpretação de contratos de alta complexidade; passando ainda por questões familiares, ambientais, locações, leasing, dentre outra. Compreensivelmente, os membros do Poder Judiciário são, em regra, generalistas, e não especialistas. Pode-se optar, ainda, pela composição de um tribunal arbitral com advogados, engenheiros, economistas, conforme a*

---

<sup>3</sup> LOWENFELD, Andreas F.. International Litigation and Arbitration. Second Edition. American casebook series.

<sup>4</sup> A importância da arbitragem é assim destacada: *“In its present stage of development, international commercial arbitration has become, more than before, a multicultural phenomenon. In other words, the cultural approach to the conduct or administration of international commercial arbitrations shared by arbitration users, their counsel, arbitrators and arbitration institutions is not the consequence of notions or ideas exclusively fashioned by anyone group, geographically localized in this or that country or group of countries nor does it trace back its origins to any specific or single legal tradition.”* NAON, Horacio A. Grigera. Latin American Arbitration Culture and the ICC system. In *Conflicting Legal Cultures in Commercial Arbitration*. Kluner Law. 1999. p. 117.

<sup>5</sup> *“Les avantages reconnus à l’arbitrage pour une entreprise sont:*

- *la confidentialité;*
  - *la neutralité;*
  - *une exécution facilitée de la décision dans de nombreux cas;*
- mais aussi parfois, para comparaison avec la justice étatique:*
- *la recours à un spécialiste de la matière;*
  - *la rapidité d’obtention d’une décision;*
  - *une procédure moins conflictuelle.”* MOISSINAC d’HARCOURT, Marie-Caroline. *La pratique de l’arbitrage au service de l’entreprise*. Paris: Economica. 2002, p.5.

*natureza do conflito. Além disso, o tempo que um árbitro poderá destinar ao estudo do caso é muito superior ao que um juiz – por mais que quisesse – seria capaz de dedicar.”<sup>6</sup>*

Sobre a escolha dos árbitros dispõem os artigos 13 e 18 da Lei 9.307/1996.<sup>7</sup>

**b) Celeridade:** O artigo 23 da Lei de Arbitragem assim dispõe:

*“Art. 23 A sentença arbitral será proferida no prazo estipulado pelas partes. Nada tendo sido convencionado, o prazo para a apresentação da sentença é de seis meses, contado da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro.*

*Parágrafo único As partes e os árbitros, de comum acordo, poderão prorrogar o prazo estipulado.”*

Observa-se, neste diapasão, que a intenção do legislador foi incentivar que a solução do litígio pela via arbitral ocorresse de maneira célere. Nesse sentido, percebe-se que a arbitragem é mais suscinta que o processo judicial, que prima pelo excesso de

---

<sup>6</sup> TIBURCIO, Carmen; MEDEIROS, Suzana Domingues. Arbitragem na indústria do petróleo no direito brasileiro. In *Estudos e Pareceres no Direito do Petróleo e Gás*. Marilda Rosado de S. Ribeiro (org.) 1ª ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

<sup>7</sup> “Art. 13. Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes.

§ 1º As partes nomearão um ou mais árbitros, sempre em número ímpar, podendo nomear, também, os respectivos suplentes.

§ 2º Quando as partes nomearem árbitros em número par, estes estão autorizados, desde logo, a nomear mais um árbitro. Não havendo acordo, requererão as partes ao órgão do Poder Judiciário a que tocaria, originariamente, o julgamento da causa a nomeação do árbitro, aplicável, no que couber, o procedimento previsto no art. 7º desta Lei.

§ 3º As partes poderão, de comum acordo, estabelecer o processo de escolha dos árbitros, ou adotar as regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada.

§ 4º Sendo nomeados vários árbitros, estes, por maioria, elegerão o presidente do tribunal arbitral. Não havendo consenso, será designado presidente o mais idoso.

§ 5º O árbitro ou o presidente do tribunal designará, se julgar conveniente, um secretário, que poderá ser um dos árbitros.

§ 6º No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição.

§ 7º Poderá o árbitro ou o tribunal arbitral determinar às partes o adiantamento de verbas para despesas e diligências que julgar necessárias.”

“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.”

recursos, dos quais muitas vezes se valem as partes, com o único intuito de postergar a eficácia das decisões.

Dessa forma, surgido o conflito entre as partes contratantes, sejam elas públicas ou privadas, é benéfico que o litígio seja solucionado por pessoas especialistas no tema e de forma breve, sem que seja necessário aguardar anos para se obter um pronunciamento sobre aquela discussão.

**c) Irrecorribilidade:** A sentença arbitral é definitiva, apenas cabendo pedido de esclarecimento ao próprio juízo arbitral<sup>8</sup> sobre algum aspecto da decisão<sup>9</sup>.

Contudo, a irrecorribilidade não significa arbitrariedade por parte dos árbitros. A decisão deverá ser proferida dentro dos cânones jurídicos, restando ainda à parte, caso seja verificada algum vício na sentença arbitral, recorrer ao Judiciário para obter a anulação da sentença.<sup>10</sup> Deste ponto trata o artigo 32 da Lei de Arbitragem.<sup>11</sup>

---

<sup>8</sup> Lei nº 9.307/96: “Art. 30. No prazo de cinco dias, a contar do recebimento da notificação ou da ciência pessoal da sentença arbitral, a parte interessada, mediante comunicação à outra parte, poderá solicitar ao árbitro ou ao tribunal arbitral que:

*I - corrija qualquer erro material da sentença arbitral;*

*II - esclareça alguma obscuridade, dúvida ou contradição da sentença arbitral, ou se pronuncie sobre ponto omitido a respeito do qual devia manifestar-se a decisão.*

*Parágrafo único O árbitro ou o tribunal arbitral decidirá, no prazo de dez dias, aditando a sentença arbitral e notificando as partes na forma do art. 29.”*

<sup>9</sup> O professor Carmona trata da possibilidade de se criar dentro da própria arbitragem uma instância recursal: “A sentença proferida não fica sujeita a qualquer recurso. Nada impede, porém, que as partes estabeleçam que a sentença arbitral possa ser submetida a reexame por outro órgão arbitral ou por outros árbitros, ou ainda que, na hipótese de não ser a decisão unânime, possa o vencido interpor recurso semelhante aos embargos infringentes previstos no Código de Processo Civil, fazendo integrar o tribunal arbitral por outros membros, escolhidos da forma estabelecida pelos contendores. Importa ressaltar, porém, que tais recursos são sempre internos, nunca dirigidos a órgãos da justiça estatal. E a decisão arbitral que obrigará as partes e que se sujeitará ao ataque previsto no art. 33 será aquela final, após a decisão dos referidos recursos. Apesar de aventada possibilidade de disporem as partes acerca de recursos, como parte do procedimento arbitral, o fato é que tais recursos são de todo inconvenientes e a sua utilização não parece corriqueira em países onde a arbitragem vem florescendo.” CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo*. 2ª ed., São Paulo: Atlas. 2004, p. 44.

<sup>10</sup> “Quando se trata de uma decisão proferida por autoridade judicial, o remédio para a parte descontente é recorrer à instância superior, na tentativa de uma eventual reforma do julgado. Mas essa solução não é aplicada na arbitragem, já que a decisão proferida por tribunal arbitral não é passível de revisão de mérito, sendo definitiva e final. Portanto, quando as partes optam por submeter suas controvérsias à arbitragem, já devem saber que a decisão a ser proferida pelos árbitros não será passível de revisão e deverá ser cumprida em sua integralidade. (...) Toda decisão arbitral – da mesma forma que a judicial – deve ser efetiva e, assim, a problemática de sua nulidade representa uma patologia que deve ser evitada pelas partes envolvidas no processo.” DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Arbitragem Comercial Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar. 2003, p. 361.

<sup>11</sup> “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;*

**d) Maior Autonomia da Vontade das Partes:** A arbitragem é, hoje, unicamente voluntária, ou seja, ela só será adotada se ambas as partes pactuarem nesse sentido. Não há, dessa forma, modalidade de sujeição compulsória ao juízo arbitral no Brasil.<sup>12</sup>

Ademais, as partes podem escolher, por exemplo, os árbitros<sup>13</sup>, as regras de direito material e processual aplicáveis, podendo a legislação adotada ser nacional ou estrangeira, princípios gerais do Direito, usos e costumes, regras internacionais de comércio (*lex mercatoria*), equidade.

O limite para a autonomia de vontade das partes na escolha das normas aplicáveis ao procedimento arbitral está disposto no parágrafo 1º do art. 2º da Lei de Arbitragem: não poderão ser aplicadas no Brasil normas estrangeiras que afrontem os *bons costumes e a ordem pública nacional*.<sup>14</sup>

---

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.”

<sup>12</sup> “O Código Comercial de 1850 e o Regulamento 737 do mesmo ano tratam da arbitragem obrigatória, ou seja, a arbitragem imposta como meio de solução de determinados litígios, independentemente da vontade das partes. Assim, todas as questões que resultassem de contratos de locação mercantil (C. Comercial, art. 245), que envolvessem matéria societária em geral (C. Comercial, art. 294) e liquidação de sociedades (C. Comercial, art. 348), ou em casos de naufrágios (C. Comercial, art. 7390, avarias (C. Comercial, art. 783) e quebras (C. Comercial, art. 846) deviam ser solucionadas obrigatoriamente pela via arbitral. Essa arbitragem compulsória deixou de existir no País com o advento da Lei n° 1.350 de 1866.” DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Arbitragem Comercial Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar. 2003, p. 20-21.

<sup>13</sup> As regras da CCI dispõem: “Article 8 Number of arbitrators: 1 The disputes shall be decided by a sole arbitrator or by three arbitrators.

2 Where the parties have not agreed upon the number of arbitrators, the Court shall appoint a sole arbitrator, save where it appears to the Court that the dispute is such as to warrant the appointment of three arbitrators. In such case, the Claimant shall nominate an arbitrator within a period of 15 days from the receipt of the notification of the decision of the Court, and the Respondent shall nominate an arbitrator within a period of 15 days from the receipt of the notification of the nomination made by the Claimant.

3 Where the parties have agreed that the dispute shall be settled by a sole arbitrator, they may, by agreement, nominate the sole arbitrator for confirmation. If the parties fail to nominate a sole arbitrator within 30 days from the date when the Claimant’s Request for Arbitration has been received by the other party, or within such additional time as may be allowed by the Secretariat, the sole arbitrator shall be appointed by the Court.

4 Where the dispute is to be referred to three arbitrators, each party shall nominate in the Request and the Answer, respectively, one arbitrator for confirmation. If a party fails to nominate an arbitrator, the appointment shall be made by the Court. The third arbitrator, who will act as chairman of the Arbitral Tribunal, shall be appointed by the Court, unless the parties have agreed upon another procedure for such appointment, in which case the nomination will be subject to confirmation pursuant to Article 9. Should such procedure not result in a nomination within the time limit fixed by the parties or the Court, the third arbitrator shall be appointed by the Court.”

Já as regras da American Arbitration Association estabelecem: “Number of Arbitrators

If the arbitration agreement does not specify the number of arbitrators, the dispute shall be heard and determined by one arbitrator, unless the AAA, in its discretion, directs that three arbitrators be appointed. A party may request three arbitrators in the demand or answer, which request the AAA will consider in exercising its discretion regarding the number of arbitrators appointed to the dispute.”

<sup>14</sup> Lei n. 9.307/96: “Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.

§ 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.”

**e) Preservação do Relacionamento das Partes:** Em geral, o procedimento arbitral costuma gerar menos animosidade entre as partes do que o processo judicial, aspecto extremamente positivo em determinadas situações, como no caso em que as partes são signatárias de um contrato comercial de longo prazo.

## 2. A escolha do árbitro

As partes têm poderes para nomear o árbitro ou conjunto de árbitros competentes para solucionar o litígio entre elas instaurado. Além da Lei de Arbitragem brasileira que prevê a nomeação do árbitro na cláusula compromissória, artigo 7º, §3º, o artigo 5º do Federal Arbitration Act<sup>15</sup> e os artigos 1451, 1452 e 1453 do Código de Processo Civil francês dispõem no mesmo sentido<sup>16</sup>.

O mecanismo de escolha do árbitro é normalmente determinado pelas regras procedimentais de uma Câmara de Arbitragem, quando a arbitragem é institucional. Nas arbitragens *ad hoc*, as partes podem prever como será feita a escolha do árbitro.

As regras da American Arbitration Association (“AAA”), da London Court of International Arbitration (“LCIA”) e da Câmara de Comércio Internacional (“CCI”) determinam que a arbitragem deve ser conduzida por um único árbitro a não ser que as partes disponham em sentido diverso ou que a instituição considere apropriada a solução do litígio por três árbitros. Já as regras sobre arbitragem da UNCITRAL trazem previsão em sentido diverso: se a arbitragem for decidida por um único árbitro, este normalmente não

---

<sup>15</sup> “Section 5 Appointment of Arbitrator or Umpire

*In the agreement provision be made for a method of naming or appointing an arbitrator or arbitrators or an umpire, such method shall be followed; but if no method be provided therein, or if a method be provided and any party thereto shall fail to avail himself of such method, or if for any other reason there shall be a lapse in the naming of an arbitrator or arbitrators or umpire, or in filling a vacancy, then upon the application of either party to the controversy the court shall designate and appoint an arbitrator or arbitrators or umpire, as the case may require, who shall act under the said agreement with the same force and effect as if he or they had been specifically named therein; and unless otherwise provided in the agreement the arbitration shall be by a single arbitrator.”*

<sup>16</sup> “Article 1451 *La mission d’arbitre ne peut être confiée qu’à personne physique; celle-ci doit avoir le plein exercice de ses droits civils.*

*Si la convention d’arbitrage désigne une personne morale, celle-ci ne dispose que du pouvoir d’organiser l’arbitrage.*

Article 1452 *La constitution du tribunal arbitral n’est parfaite que si le ou les arbitres acceptent la mission qui leur est confiée.*

*L’arbitre qui suppose en sa personne une cause de récusation doit en informer les parties. En ce cas, il ne peut accepter sa mission qu’avec l’accord de ces parties.*

Article 1453 *Le tribunal arbitral est constitué d’un seul arbitre ou de plusieurs en nombre impair.”*

deve ser da mesma nacionalidade das partes, no caso de um arbitragem internacional. Todavia, em casos em que a disputa envolve grandes quantias monetárias ou em que as partes têm nacionalidade diversas, cujos sistemas jurídicos de origem sejam muito díspares, a indicação de um painel de três árbitros é recomendável.

A observação das referidas regras também permite verificar certas características sobre a escolha do árbitros: a convenção de arbitragem pode prever qualquer método, adequado, de seleção de árbitros, dentre eles, a nomeação privada de pessoas seja por indicação nominal seja por indicação de seu escritório; estabelecer que a Câmara de Arbitragem será a responsável pela escolha dos árbitros, no caso de arbitragens não *ad hoc*, ou, simplesmente, dispor que a escolha dos árbitros seguirá as regras de determinada Câmara.

A forma mais comum de escolha dos árbitros é aquela em que o requerente na demanda, já em seu pleito de instauração da arbitragem nomeia um árbitro, o requerido nomeia outro árbitro, e os dois árbitros, em conjunto, nomeiam um terceiro, que será o presidente do tribunal arbitral. Nas arbitragens institucionais, em caso de não acordo entre os árbitros ou falha para nomeação do árbitro presidente, a Câmara normalmente será responsável por sua designação.<sup>17</sup>

Uma outra prática desenvolvida para a escolha dos árbitros, observada principalmente na atuação da AAA, é o encaminhamento de uma lista nominal de potenciais árbitros para cada parte, a qual caberá informar à Câmara quais árbitros não gostaria que figurassem no painel arbitral. Depois de enviada esta informação, a Câmara realiza uma conferência cruzada dos nomes não aceitados, e a partir dos restantes nomeia três árbitros para o tribunal arbitral.

Entretanto, um ponto relevante na escolha dos árbitros é verificar se aquele que vai ser nomeado tem alguma relação com a outra parte ou interesse na solução do litígio. Este aspecto conduzirá nossa análise sobre a parcialidade ou imparcialidade do árbitro.

---

<sup>17</sup> Nas arbitragens conduzidas pela CCI é comum, ainda que não uniforme, a prática da secretaria requerer ao conselho nacional da CCI da sede da arbitragem a sugestão de um presidente para o tribunal arbitral.

### 3. A questão da imparcialidade

#### 3.1. Previsões das Instituições Arbitrais

Alguns temas relativos à arbitragem, como o da imparcialidade dos árbitros, não foram regulados de maneira satisfatória por convenções internacionais, como a Convenção de Nova York de 1958, ou por leis nacionais, como o Federal Arbitration Act norte-americano.

Simplista também foi a Lei de Arbitragem brasileira que somente previu o respeito à imparcialidade dos árbitros, em seu artigo 21, §2º. O legislador deixou de se manifestar sobre os parâmetros para aferir essa imparcialidade. Talvez o tenha feito por julgar que tal assunto deveria ser tratado pelos regulamentos das Câmaras arbitrais.

O que se percebe, tanto no cenário nacional quanto internacional, é que as linhas e guias para a divulgação de parcialidade do árbitro estão presentes em Códigos de Ética de instituições arbitrais ou, no caso americano, em Códigos de Ética dos “bars” nacional e estaduais. Mark Kantor<sup>18</sup> comenta essa especificidade de regulação no direito americano:

*“Uniformity, however, still does not exist. The 2004 revised version of the American Bar Association Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes elaborates somewhat on the obligation of an arbitrator to disclose potential conflicts.*

CANON II: AN ARBITRATOR SHOULD DISCLOSE ANY INTEREST OR RELATIONSHIP LIKELY TO AFFECT IMPARTIALITY OR WHICH MIGHT CREATE AN APPEARANCE OF PARTIALITY.

A. *Persons who are requested to serve as arbitrators should, before accepting, disclose:*

(1) *any known direct or indirect financial or personal interest in the outcome of the arbitration;*

---

<sup>18</sup> KANTOR, Mark. Arbitrator Disclosure: an active but unsettled year. (2008) Int. A. L. R.

(2) *any known existing or past financial, business, professional or personal relationships which might reasonably affect impartiality or lack of independence in the eyes of any of the parties. For example, prospective arbitrators should disclose any such relationships which they personally have with any party or its lawyer, with any co-arbitrator, or with any individual whom they have been told will be a witness. They should also disclose any such relationships involving their families or household members or their current employers, partners, or professional or business associates that can be ascertained by reasonable efforts;*

(3) *the nature and extent of any prior knowledge they may have of the dispute; and*

(4) *any other matters, relationships, or interests which they are obligated to disclose by the agreement of the parties, the rules or practices of an institution, or applicable law regulating arbitrator disclosure.*

*The ABA Code states that it is non-binding. Still, the AAA requires arbitrator in AAA proceedings, as a condition to appointment, to execute an arbitrator's oath agreeing to follow the Code of Ethics' disclosure obligation.*

*LCIA Arbitration Rule Art. 5.3 contains a very similar requirement. UNCITRAL, in both its widely used Arbitral Rules (Art. 9) and its highly influential Model Law of International Commercial Arbitration (Art. 12 (1)), similarly adheres to a requirement that arbitrators disclose 'any circumstances likely to give rise to justifiable doubt as to his impartiality or independence. In a slightly different formulation focusing expressly on the parties' perspective, the ICC Arbitration Rules in Art. 7.2 call for the arbitrator to disclose to the ICC Secretariat 'any facts or circumstances which might be of such a nature as to call into question the arbitrator's independence in the eyes of the parties.'"*

A partir de uma análise dos regulamentos das instituições arbitrais mais importantes pode-se estabelecer algumas considerações.

As regras das câmaras se preocuparam muito mais em tratar da independência do árbitro do que da imparcialidade. É importante destacar a diferença existente entre elas:

*“As principais condições para ser árbitro são a independência e a imparcialidade. A independência tem sido definida como um elemento objetivo que se traduz na liberdade de julgamento do árbitro; a imparcialidade, por sua vez, é descrita como um elemento subjetivo, que significa que o espírito do árbitro não está preconcebido.”<sup>19</sup>*

As câmaras de arbitragem do Brasil, normalmente encaram a independência do árbitro a partir de uma analogia com as regras de impedimento e suspeição do juiz aplicáveis ao processo civil nacional. Assim é que o artigo 32 do Regulamento da Câmara de Conciliação e Arbitragem da FGV estabelece que *“são impedidas de funcionar como árbitro: a) as pessoas que tenham, com as partes ou com o litígio, qualquer das relações que, nos termos dos artigos 134 e 135 do Código de Processo Civil, caracterizam o impedimento ou a suspeição de juizes e b) as pessoas que tenham funcionado como conciliador do litígio”*.<sup>20</sup> A Câmara, com intuito de fortalecer a independência dos árbitros,

---

<sup>19</sup> DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Arbitragem Comercial Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar. 2003, p. 234. No mesmo sentido: *“O árbitro deve proceder com imparcialidade e independência. Institutos irmão, que não se confundem.”* MARTINS, Pedro A. Batista. Aparentamentos sobre a Lei de Arbitragem. Rio de Janeiro: Forense. 2008. p. 188.

<sup>20</sup> Note-se o disposto nos artigos 134 e 135 do CPC: *“Art. 134. É defeso ao juiz exercer as suas funções no processo contencioso ou voluntário:*

*I - de que for parte;*

*II - em que interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, funcionou como órgão do Ministério Público, ou prestou depoimento como testemunha;*

*III - que conheceu em primeiro grau de jurisdição, tendo-lhe proferido sentença ou decisão;*

*IV - quando nele estiver postulando, como advogado da parte, o seu cônjuge ou qualquer parente seu, consangüíneo ou afim, em linha reta; ou na linha colateral até o segundo grau;*

*V - quando cônjuge, parente, consangüíneo ou afim, de alguma das partes, em linha reta ou, na colateral, até o terceiro grau;*

*VI - quando for órgão de direção ou de administração de pessoa jurídica, parte na causa.*

*Parágrafo único. No caso do nº IV, o impedimento só se verifica quando o advogado já estava exercendo o patrocínio da causa; é, porém, vedado ao advogado pleitear no processo, a fim de criar o impedimento do juiz.*

*Art. 135. Reputa-se fundada a suspeição de parcialidade do juiz, quando:*

*I - amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer das partes;*

exige que o árbitro, antes de formalizada sua nomeação, firme termo de independência, no qual deverá constar qualquer referência que possa ser considerada como suscetível de comprometer-lhe a independência.

Já o Regulamento da Câmara de Comércio Brasil Canadá elenca hipóteses em seu artigo 6.2 em que o árbitro não poderá ser nomeado:

- “6.2. Não pode ser nomeado árbitro aquele que:*
- a) for parte do litígio;*
  - b) tenha intervindo na solução do litígio, como mandatário judicial de uma das partes, prestado depoimento como testemunha, funcionado como perito, ou apresentado parecer;*
  - c) for cônjuge, parente, consangüíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, de uma das partes;*
  - d) for cônjuge, parente, consangüíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até segundo grau, do advogado ou procurador de uma das partes;*
  - e) participar de órgão de direção ou administração de pessoa jurídica parte no litígio ou seja acionista;*
  - f) for amigo íntimo ou inimigo de uma das partes;*
  - g) for seu credor ou devedor, de uma das partes ou de seu cônjuge, ou ainda parentes, em linha reta ou colateral, até terceiro grau;*
  - h) for herdeiro presuntivo, donatário, empregador, empregado de uma das partes;*
  - i) receber dádivas antes ou depois de iniciado o litígio, aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa ou fornecer recursos para atender às despesas do processo;*

---

*II - alguma das partes for credora ou devedora do juiz, de seu cônjuge ou de parentes destes, em linha reta ou na colateral até o terceiro grau;*

*III - herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de alguma das partes;*

*IV - receber dádivas antes ou depois de iniciado o processo; aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa, ou subministrar meios para atender às despesas do litígio;*

*V - interessado no julgamento da causa em favor de uma das partes.*

*Parágrafo único. Poderá ainda o juiz declarar-se suspeito por motivo íntimo.”*

*j) for interessado no julgamento da causa, em favor de uma das partes.*

*k) ter atuado como mediador ou conciliador, antes da instituição da arbitragem, salvo convenção em contrário das partes.”*

As regras da CCI, LCIA e UNCITRAL estabelecem que todos os árbitros devem ser independentes. Contudo, a exigência de que o terceiro árbitro, em caso de painel arbitral, não seja da nacionalidade de nenhuma das partes, demonstra uma grande preocupação, que já vinha sendo discutida em doutrina, sobre a nomeação dos árbitros pelas partes<sup>21</sup>.

As regras da AAA para arbitragens internacionais exigem tanto a independência quanto a imparcialidade do árbitro. As normas permitem que o árbitro indicado por uma determinada parte a consulte para opiniões a respeito da indicação do tribunal arbitral. Entretanto, após a instituição do tribunal, não pode haver mais nenhum contato entre esse árbitro e a parte que indicou. Desta forma, procura-se preservar o árbitro, de modo que o mesmo possa atuar de forma a não estar vinculado aos interesses da parte que o nomeou. O árbitro decidirá conforme as provas trazidas aos autos e sua convicção, podendo, muitas das vezes, decidir contrariamente à referida parte.

Com isso, percebe-se que, tanto no cenário nacional quanto internacional, os Regulamentos arbitrais muitas vezes não tratam especificamente da questão da imparcialidade dos árbitros. Entretanto, previsões de “*disclosure*” de informações, assinatura de termos de imparcialidade e Códigos de Ética procuram especificar as bases para um comportamento imparcial do árbitro e os aspectos que devem conduzir sua manifestação inicial em aceitar ou não sua nomeação.

Verifica-se, desta feita, que em muitos casos são as decisões judiciais que enfrentam a questão da imparcialidade. Em pedidos de anulação de sentenças arbitrais, com fundamento na parcialidade do árbitro, muitas cortes se vêem obrigadas a delimitar os aspectos concretizadores da parcialidade ou não do árbitro. Eis o nosso próximo tópico.

---

<sup>21</sup> Andreas Lowenfeld demonstra que muitos estudiosos não acreditam na verdadeira imparcialidade dos árbitros: “*There are, of course persons, including many parties and their counsel, and even the President of the American Arbitration Association, who doubt that the ideal of three impartial decision makers is always observed.*” LOWENFELD, Andreas F.. International Litigation and Arbitration. Second Edition. American casebook series.

#### 4. A imparcialidade na visão dos Tribunais

Um dos principais aspectos a respeito da imparcialidade dos árbitros é o limite do “*disclosure*” das informações sobre o relacionamento que ele tenha com qualquer das partes ou mesmo com os advogados das partes.

Jean Kalicki fazendo breves elucidações sobre discussão efetuada no âmbito do Comitê de Arbitragem da ABA (American Bar Association), o qual elaborou um guia para a divulgação de informações sobre imparcialidade dos árbitros, nos mostra como foram entendidos os limites estabelecidos no referido guia:

*“Generally, participants were troubled by the stringent standards for investigation and disclosure suggested by the Draft Guidelines. Participants were concerned that the Draft Guidelines might have the improper effect of turning an arbitrator’s failure to disclose remote and immaterial relationships into grounds for challenging arbitration awards. Participants questioned the Draft Guidelines in view of the existence of the ABA/AAA Code of Ethics, case law interpreting disclosure obligations under the Federal Arbitration Act, and other rules and standards. Several instances of differences between the ABA/AAA Code of Ethics and the Draft Guidelines were discussed. Participants also noted that, should the ABA Draft Guidelines become known as the “standard” or “best practices” for U.S. arbitration, they may have a deterrent effect on selection of the U.S. as the situs for international arbitral proceedings and the willingness of non-U.S. arbitrators to serve in U.S. arbitration proceedings. The participants at the meeting discussed the fact that these were “best practices” guidelines, although it was noted that the document generally employed the terms “guidelines” and “recommendations.”*

*Concern was expressed that courts would nevertheless give deference to a “best practices” recommendation from the ABA, even if*

*not binding. Moreover, participants expressed concern that the Draft Guidelines, although motivated by legitimate concerns to help arbitrators avoid having their awards challenged, might instead become a tool for disappointed parties seeking to attack awards after the fact by searching the arbitrator's background for a instance of an item mentioned in the Checklist or Category-Specific Guidelines (such as contacts between former business employees and other arbitration participants, co-membership in a large group, a common university background, mere acquaintanceship, or a "life experience") and then asserting the award should be vacated for non-disclosure. Many participants appeared to feel that the risk of the Draft Guidelines serving as a basis for attacking awards for non-disclosure of immaterial matters outweighed the benefits of the Draft Guidelines' "safe harbor" protections."*

A partir destas considerações, faz-se necessário analisar as decisões dos tribunais judiciais nacionais que enfrentam a matéria, uma vez que a existência no caso concreto de parcialidade do árbitro é um dos motivos para nulidade<sup>22</sup> de uma sentença arbitral.<sup>23</sup>

Inicia-se a análise a partir de precedente francês. Em caso decidido pela Corte de Apelação de Paris, o presidente de um tribunal arbitral foi responsabilizado por ter sido contratado por uma das partes um dia após a divulgação da sentença arbitral. Inicialmente, a Corte determinou a anulação da sentença. Entendeu-se que o fato da contratação imediata do árbitro pela parte demonstrava que o mesmo claramente tinha interesses convergentes com os dessa parte e não divulgou esta informação para a outra litigante. A Corte ainda explicou que, no caso de ter sido divulgada essa possibilidade de contratação, possivelmente a outra parte teria iniciado um procedimento para questionar a imparcialidade deste árbitro.

---

<sup>22</sup> Nesse sentido, dispõe o artigo 32, inciso VIII da Lei de Arbitragem brasileira, ao dispor que será nula a sentença arbitral que não respeitar o princípio da imparcialidade do árbitro.

<sup>23</sup> Não é possível analisar as decisões das cortes judiciais de todo o mundo. Por isso, optou-se por selecionar dois países, Estados Unidos e França, cuja tradição em arbitragem e relevância do debate sobre a imparcialidade configuram-se como paradigmas para o sistema brasileiro. Ver, nesse aspecto, BROWER, Charles N. and Abby Cohen Smutny. Recent decisions involving arbitral proceedings. The international lawyer 30/271-279. 1996.

Com relação à responsabilização do árbitro, a Corte entendeu que sua atitude foi determinante para a nulidade da sentença, causando, portanto, prejuízo à parte que não tinha conhecimento da informação. Sua omissão fez com que novo procedimento arbitral tivesse que ser iniciado e novas custas arbitrais pagas. A Corte expressamente se manifestou no sentido de que esta situação configurava um erro pessoal do árbitro, o que ensejava sua responsabilidade.<sup>24</sup>

Em outro caso, a Corte de Cassação especificamente analisou o tema da imparcialidade:

*“Il appartient au juge de la régularité de la sentence arbitrale d’apprécier l’indépendance et l’impartialité de l’arbitre, en relevant toute circonstance de nature à affecter le jugement de celui-ci et à provoquer dans l’esprit des parties un doute raisonnable sur ces qualités qui sont de l’essence même de la fonction arbitrale;*

*Relèvent de son pouvoir souverain d’appréciation les énonciations de la Cour d’appel qui a retenu que si l’arbitre désigné par une partie était intervenu avant la procédure arbitrale dans la recherche d’un avocat pour assister cette dernière à l’étranger, rien ne démontrait un quelconque lien matériel ou intellectuel avec cette partie, qui devait par la suite de désigner comme arbitre; de même, le fait d’avoir jugé comme arbitre une instance opposant celle-ci à l’un litige ne concernait pas les relations entre elle et le maître de l’ouvrage.”<sup>25</sup>*

As Cortes francesas ainda ratificam o entendimento de que a imparcialidade está relacionada a um aspecto subjetivo do árbitro. No julgado abaixo, a Corte entendeu que é inerente ao desempenho da função de árbitro a sua “*independência de espírito*”:

---

<sup>24</sup> Société Raoul Duval c/ société Merkuria Sucden, Paris Court of Appeal (1re CH). A decisão de anulação da sentença arbitral foi proferida em 02.07.1992 e publicada na Revue de l’Arbitrage 1996/412. A decisão de responsabilização do árbitro foi proferida em 12.10.1995 e publicada na Revue de l’Arbitrage 1999/324.

<sup>25</sup> Etat du Qatar c/ Société Creighton Ltd. Cour de Cassation (1re Ch. Civile). 16.03.1999. Revue de l’arbitrage 1999.

*“L’indépendance d’esprit est indispensable à l’exercice d’un pouvoir juridictionnel, quelle qu’en soit la source, et elle est l’une des qualités essentielles des arbitres.*

*L’ignorance par l’une des parties d’une circonstance de nature à porter atteinte à cette qualité, vicie le consentement donné par elle à la convention d’arbitrage et en entraîne la nullité par application de l’article 1110 du Code Civil.”<sup>26</sup>*

Já nos tribunais americanos, há precedente da Suprema Corte. Em *Commonwealth Coatings* a Suprema Corte se deparou com situação em que não houve, também, divulgação por parte do árbitro de relações que tinha com uma das partes. Ficou provado nos autos que, durante todo o processo arbitral, o árbitro, ainda que indiretamente, tinha ciência de sua relação com uma das partes. Mark Kantor analisa esse precedente:

*“The unsettled state of US federal arbitration law as to arbitrator investigation and disclosure of potential conflicts of interest traces directly back to the lone US Supreme Court ruling on the subject *Commonwealth Coatings, Inc. v. Continental Casualty Corp.* in 1968. *Commonwealth Coatings* involved a four-person opinion authored by Justice Black, supported by Justice White’s concurring opinion (in which Justice Marshall also concurred) that simultaneously agreed with the plurality and yet offered a noticeably different standard for arbitrator disclosure.*

*The US Supreme Court has only visited the ‘evident partiality’ standard once, in *Commonwealth Coatings*. In that case, the relationship at issue was known at all times to the arbitrator, so the court never considered the interrelated question of whether an*

---

<sup>26</sup> Consorts Ury c/ Galeries Lafayette. Cour de Cassation. 2eme Chambre Civile. 13.04.1972.

*arbitrator has a duty to investigate possible conflicts for disclosure purposes.*<sup>27</sup>

Mark Kantor menciona a ausência de uma definição límpida dos parâmetros para fixação da imparcialidade dos árbitros. Esta situação tem provocado grande debate na doutrina Americana e também tem incentivado os “Bars” nacionais e distritais a editarem Códigos de Ética para o árbitros americanos.

Ainda que assim o seja, cortes americanas de menor hierarquia já tiveram a possibilidade de enfrentar o tema. No caso *Donna UHL*, a Corte de Apelação Americana para o Sexto Circuito decidiu que, para configuração de parcialidade e eventual nulidade da sentença arbitral, deve a parte predcada demonstrar que o árbitro tinha interesse que a outra parte saísse vitoriosa ou ainda que o árbitro tivesse qualquer relacionamento com esta parte. Os julgadores assim se pronunciaram:

*“The manufacturer contended that the arbitrator selected by appellees improperly failed to disclose that the arbitrator previously served as co-counsel with the attorney representing the insurer, as required by the parties’ arbitration agreement. Appellees argued that appellate jurisdiction was lacking in view of language in the agreement stating that the arbitration was final and binding. The appellate court first held that it had jurisdiction to consider the manufacturer’s challenge to the impartiality of the arbitration, since language that the arbitration was final did not constitute an express statement of nonappealability. However, the manufacturer failed to show evident partiality based on specific facts that indicated improper motives on the part of the arbitrator. The manufacturer only showed that several years earlier the arbitrator and the attorney were co-counsel on two cases and that on six other cases the arbitrator represented a plaintiff while the attorney represented an intervening plaintiff. Such relationship was not*

---

<sup>27</sup> KANTOR, Mark. Arbitrator Disclosure: an active but unsettled year. (2008) Int. A. L. R.

*significant enough to rise to the level of evident partiality, especially in the absence of a financial arrangement or ongoing relationship.*<sup>28</sup>

Essas decisões são um indicativo do que se pode vislumbrar em pedidos de nulidade de sentença arbitral por força de parcialidade do árbitro. No Brasil, o debate ainda engatinha. Na verdade, deve-se perceber que no cenário brasileiro, em razão da pouca tradição em solução de litígios pela via arbitral, poucos são os especialistas que acabam figurando com árbitros. Nas listas de árbitros das Câmaras mais importantes figuram, normalmente, os mesmos nomes.

Por conta desta situação, acredita-se que as partes têm sido mais compreensivas com as relações dos árbitros com a outra parte ou com os advogados da parte. Contudo, isso não pode significar uma desatenção nem um aceite omissivo pelos litigantes do processo arbitral.

Acredita-se que deve haver uma preocupação das Câmaras e dos próprios árbitros em divulgar toda e qualquer informação que possa influenciar seu julgamento e, assim, determinar sua parcialidade no caso sob exame.

## **Conclusão**

Esse artigo teve por propósito discutir a imparcialidade dos árbitros. Iniciando a análise pela conceituação da arbitragem e apresentação de suas principais características, procurou-se deixar claro o foco deste estudo.

O principal aspecto enfrentado foi os limites da imparcialidade do árbitro. Percebeu-se que não há, em regra, uma norma convencional ou nacional que disponha sobre o tema. Partiu-se, então, das decisões de cortes internacionais, no caso tribunais

---

<sup>28</sup> Donna UHL Case. United States Court of Appeals for the Sixth Circuit. 512 F3d 294; 2008. Ver também Raymond Winfrey; Richard Jones; Cathy Jones; Lonnie Osman; Dewey Drummond; Connie Drummond; Mark Pense; Shalane Pense; Gerald Provence; Denise Provence; Dwain Kelly, Appellees, v. Simmons Food, Inc., Appellant. UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE EIGHTH CIRCUIT. 495 F.3d 549; 2007 U.S. App. LEXIS 17152. and APPLIED INDUSTRIAL MATERIALS CORP., Petitioner-Appellant, v. OVALAR MAKINE TICARET VE SANAYI, A.S. and URAL ATAMAN, his wholly owned or partially owned subsidiaries, Respondents-Appellees. UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE SECOND CIRCUIT. 492 F.3d 132; 2007 U.S. App. LEXIS 16181.

franceses e norte-americanos, para se chegar à conclusão de que para melhor preservar a defesa das partes e do interesse em tornar eficaz a sentença arbitral, devem os árbitros envidar os melhores esforços para divulgar qualquer informação que afete sua imparcialidade.

## **BIBLIOGRAFIA**

AMIM, Zahed. *Exposing Dead Air: Challenging the Constitutional Sufficiency of Uninsured Motorist Arbitration Procedures*. Ohio State Journal on Dispute Resolution. 2007.

BROWER, Charles N. and Abby Cohen Smutny. *Recent decisions involving arbitral proceedings*. The international lawyer 30/271-279. 1996.

CAMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem, Lei n° 9.307/96*. 4ª ed., Rio de Janeiro: Lúmen Iuris. 2005.

DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Arbitragem Comercial Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar. 2003.

FIUZA, César. *Teoria Geral da Arbitragem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. *Manual de Arbitragem*. 2ª ed., São Paulo: Método.

KANTOR, Mark. *Arbitrator Disclosure: an active but unsettled year*. (2008) Int. A. L. R.

LEW, Julian D. M.; MISTELIS, Loukas A.; Kröll, Stefan M.. *Comparative International Commercial Arbitration*. Hague: Kluner Law International. 2003.

LOWENFELD, Andreas F.. *International Litigation and Arbitration*. Second Edition. American casebook series.

MARTINS, Pedro A. Batista. *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense. 2008. p. 188.

MOISSINAC d'HARCOURT, Marie-Caroline. *La pratique de l'arbitrage au service de l'entreprise*. Paris: Economica. 2002.

NAON, Horacio A. Grigera. *Latin American Arbitration Culture and the ICC system*. In *Conflicting Legal Cultures in Commercial Arbitration*. Kluner Law. 1999.

TIBURCIO, Carmen; MEDEIROS, Suzana Domingues. *Arbitragem na indústria do petróleo no direito brasileiro*. In Estudos e Pareceres no Direito do Petróleo e Gás. Marilda Rosado de S. Ribeiro (org.) 1ª ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

# O IMPACTO DA INFORMATIZAÇÃO JUDICIAL SOBRE OS PRINCÍPIOS DO PROCESSO CIVIL

**Bruno da Costa Aronne**

*Mestre em Direito pela Universidade do Estado do  
Rio de Janeiro – UERJ.*

## 1. Introdução

Não é de hoje o grave problema da ineficiência da Justiça. Em 1895, o austríaco Franz Klein já propugnava a diminuição dos formalismos processuais, bem como as idéias da economicidade, da celeridade e do acesso dos mais pobres à Justiça, com o nobre intuito de melhorar a prestação jurisdicional. Aliás, essas propostas foram incorporadas ao Código Processual Austríaco (ZPC - *Zivilprozessordnung*) daquele mesmo ano e muitos países, depois, copiaram seus dispositivos. Já nos *anos setenta*<sup>1</sup>, Mauro Cappelletti liderou um significativo movimento para diagnosticar as causas da ineficiência da Justiça<sup>2</sup>. O conjunto desse trabalho é conhecido como Projeto Florença e os principais resultados foram expostos na obra *Acesso à Justiça*<sup>3</sup>. Nesse livro, constata-se a preocupação dos autores com o problema do acesso dos indivíduos mais pobres ao Poder Judiciário, à respectiva representatividade, por meio de advogados públicos ou privados, bem como a uma decisão justa e efetiva. Verifica-se, também, o incentivo à adoção de políticas públicas e judiciárias voltadas para a tutela dos direitos difusos e coletivos, assim como o estímulo à solução alternativa de conflitos e à reestruturação (através da especialização das varas e funções) ou criação de novos tribunais (juizados de pequenas causas, por exemplo).

A Justiça brasileira também sofre, há bastante tempo, com o problema da ineficiência, especialmente na questão do acesso à justiça, tanto no que diz respeito à representatividade e aos custos, como no que tange ao tempo de duração do processo.

---

<sup>1</sup> 1970/1979.

<sup>2</sup> Nesse caso, a expressão “acesso à justiça” deve ser entendida por dois sentidos: (i) acesso ao Judiciário; e (ii) o acesso a uma determinada ordem de valores e direitos fundamentais para o ser humano. Neste último caso, seria o que Rui Portanova destaca como uma visão axiológica da justiça. PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. 6ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, p. 112.

<sup>3</sup> CAPPELLETTI, Mauro; e GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução e revisão: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

Assim é que, no Brasil, podemos elencar, como exemplo da influência do Projeto Florença<sup>4</sup>, na busca de maior amparo aos direitos materiais e de maior efetividade aos direitos processuais, a edição das Leis nº 7.347/85 (Ação Civil Pública), nº 9.099/95 (Juizados Especiais Estaduais), nº 10.259/01 (Juizados Especiais Federais) e nº 9.307/96 (Arbitragem).

Como é cediço, apesar de úteis em vários aspectos, tais reformas não operaram os resultados esperados e o aparelho judiciário brasileiro permaneceu acometido pelos antigos e por novos defeitos. Nos últimos anos, com os fins de eliminar os entraves burocráticos<sup>5</sup> do seu respectivo código e de conferir uma prestação jurisdicional mais célere e efetiva, o processo civil pátrio sofreu verdadeira onda renovatória legislativa. Entre as reformas mais recentes, destacam-se aquelas oriundas da Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004, e do *Pacto de Estado em favor de um Judiciário mais rápido e republicano*, como as Leis nº 11.232/05 (Cumprimento de sentença), nº 11.382/06 (Execução de título extrajudicial), nº 11.417/06 (Súmula Vinculante), nº 11.418/06 (Repercussão geral no recurso extraordinário), nº 11.341/06 (Demonstração da divergência no recurso especial), nº 11.419/06 (Informatização do processo judicial), nº 11.441/07 (Inventário, partilha, separação consensual e divórcio por via administrativa) e nº 11.448/07 (Legitimidade da Defensoria Pública para a ação civil pública).

A mencionada Lei nº 11.419/06, que trata da informatização do processo judicial, entrou em vigor no dia 20 de março de 2007, alterando alguns artigos do Código de Processo Civil e regulamentando, de maneira geral, o processo eletrônico. Esse novo diploma abarca 22 artigos e já provoca muita polêmica no meio jurídico, o que não é nenhuma surpresa. Afinal, essa lei estabelece uma considerável mudança de paradigmas aos operadores do processo judicial, na medida em que regulamenta o uso da assinatura digital nos Tribunais, os prazos até meia-noite, a intimação e a citação por meio eletrônico, o Diário de Justiça eletrônico, entre outros assuntos novos e instigantes.

A proposta legislativa de informatização do processo judicial colimava aprimorar a eficácia dos procedimentos judiciais, “principalmente no que diz respeito à sua celeridade e à economia, que beneficiará tanto o Poder Público, que arca com o funcionamento da

---

<sup>4</sup> A Lei nº 4717/65, da Ação Popular, é anterior à edição do livro *Acesso à Justiça*.

<sup>5</sup> DINAMARCO, Candido Rangel. *Nova Era do Processo Civil*. 2ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 13.

máquina judiciária, quanto à parte, no que diz respeito aos custos processuais”<sup>6</sup>. Portanto, o que se percebe com clareza é o intuito de amenizar o problema da ineficiência da Justiça, elevando a qualidade e acelerando a prestação jurisdicional<sup>7</sup>, tornando-a, simultaneamente, menos dispendiosa às partes, aos operadores do Direito e ao próprio Estado.

Esses resultados podem ser alcançados? Sim, podem, mas é preciso cautela<sup>8</sup>, a uma, porque se trata de novidade que transformará o meio de tramitação do processo e, por isso, a transição deverá ser feita a passos curtos; e, a duas, porque alguns princípios processuais sofrerão reflexo direto da nova sistemática, o que reclama a investigação desse impacto tecnológico, para evitar um retrocesso na constante busca pelo processo justo.

## 2. Os princípios processuais

Princípio<sup>9</sup> é um ponto de partida. Os valores jurídicos, tais como a Justiça, a dignidade da pessoa humana e a eqüidade, por exemplo, são idéias abstratas, supraconstitucionais, que informam e permeiam todo o ordenamento jurídico, mas não se traduzem em linguagem normativa. A seu turno, os princípios representam o primeiro estágio de concretização dos valores jurídicos a que se vinculam. Como afirma Ricardo Lobo Torres,

*“os princípios, sendo enunciados genéricos que quase sempre se expressam em linguagem constitucional ou legal, estão a meio passo*

---

<sup>6</sup> Relatório do Deputado Federal Ney Lopes. *Diário da Câmara dos Deputados* de 29.12.2001, p. 217.

<sup>7</sup> Conforme WAMBIER, Luiz Rodrigues. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil 3*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 291.

<sup>8</sup> “O maior perigo que levamos em consideração ao longo dessa discussão é o risco de que procedimentos modernos e eficientes abandonem as garantias fundamentais do processo civil”. CAPPELLETTI, Mauro; e GARTH, Bryant. Op. cit., p. 163.

<sup>9</sup> “...Princípio é onde começa algo: é o início, a origem, o começo, a causa, a fonte de algo. Entretanto, em Direito os princípios têm uma conotação mais complexa. Seriam como luzes que se irradiam sobre o seu objeto de interpretação (as regras), iluminando o caminho do hermeneuta, fazendo desaparecer as sombras das suas dúvidas e fornecendo-lhe um norte para dela extrair os melhores efeitos”. CLEMENTINO, Edilberto Barbosa. *Processo Judicial Eletrônico*. Curitiba: Juruá Editora, 2007, p.59.

*entre os valores e as normas na escala de concretização do direito e com eles não se confundem.*<sup>10</sup>

Há renomados autores<sup>11</sup> que classificam os princípios e as regras como espécies do gênero norma, sendo que a diferença reside no âmbito de aplicação de cada um: a regra se aplica a aspectos pontuais e os princípios, a situações mais elásticas. Citando Robert Alexy, Luiz Guilherme Marinoni<sup>12</sup> ressalta que um mesmo princípio pode valer para um caso e não valer para outro, o que não significa que, nesta hipótese, tenha perdido sua vigência. Além disso, em determinadas circunstâncias, dois princípios podem entrar em choque, o que opera a aplicação do princípio da proporcionalidade, para definir aquele que vai se sobrepor no caso concreto. De qualquer forma, o princípio não aplicado também não perde suas força e vigência.

No Brasil, os princípios possuem uma *função normativa plena*, por força do disposto no § 1º do art. 5º da Constituição Federal, segundo o qual “*as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*”. Desse modo, 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<sup>13</sup>.

Existem princípios gerais no ordenamento jurídico brasileiro, mas também existem princípios específicos para cada ramo da ciência jurídica. O direito processual civil dispõe de um rol extenso de princípios, alguns com aplicação restrita e outros com desdobramento até em outras áreas.

No que respeita aos princípios processuais, Luiz Fux salienta que

*“Os princípios fundamentais do processo, assim como os das demais ciências, caracterizam o sistema legal adotado por um determinado*

---

<sup>10</sup> TORRES, Ricardo Lobo. Curso de Direito Financeiro e Tributário, 10ª ed., atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 79.

<sup>11</sup> PINHO, Humberto Dalla Bernardina de Pinho. Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2007, p. 25; e MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria Geral do Processo. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 93-144.

<sup>12</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 48.

<sup>13</sup> “...os princípios não são meros acessórios interpretativos. São enunciados que consagram conquistas éticas da civilização e, por isso, estejam ou não previstos na lei, aplicam-se cogentemente a todos os casos concretos”. PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*, 6ª ed. Livraria do Advogado Editora. Porto Alegre, 2005. p. 14.

*país, revelando-lhe a linha juspolítica e filosófica. Esses princípios são extraídos das regras processuais como um todo e seus cânones influenciam na solução de inúmeras questões legisladas ou não, quer na exegese emprestada a determinado dispositivo, quer na supressão de uma lacuna legal. (...) Entre nós, os princípios do processo, como, v.g., o da igualdade das partes, o do contraditório, o do devido processo legal, seguem o espírito democrático que norteia a nossa lei maior e são diretrizes para a interpretação das normas processuais.”<sup>14</sup>*

Nessa mesma linha, Candido Rangel Dinamarco<sup>15</sup> sublinha que o zelo aos princípios evita a interpretação jurídica cega, no labirinto de normas e atos processuais. Assim, os princípios funcionam como um porto seguro, não somente de partida, mas também de instrumento de esclarecimento, especialmente para se traçar o rumo da aplicação normativa a uma determinada situação concreta, seja ela regulamentada, ou não, por uma regra específica.

Esses princípios também são considerados como garantias processuais, as quais devem ser respeitadas e tuteladas, com o fim de se disponibilizar um processo justo às partes e aos operadores do Direito, na atividade jurisdicional. Leonardo Greco<sup>16</sup> desenvolveu um estudo em que essas garantias estão divididas em individuais<sup>17</sup> e estruturais<sup>18</sup>, sendo que grande parte delas corresponde justamente a princípios constitucionais processuais, que informam o ideal do processo justo<sup>19</sup>. Por conseguinte, a

---

<sup>14</sup> FUX, Luiz. Curso de Direito Processual Civil, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 246.

<sup>15</sup> DINAMARCO, Candido Rangel. Op. cit., p. 23.

<sup>16</sup> GRECO, Leonardo. “GARANTIAS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO: O PROCESSO JUSTO”. [www.mundojuridico.com.br](http://www.mundojuridico.com.br).

<sup>17</sup> Acesso amplo à Justiça por todos os cidadãos; Imparcialidade do juiz; Ampla defesa; Direitos do pobre; Juiz natural; Inércia; Contraditório; Oralidade; Coisa julgada; e Renúncia à tutela jurisdicional.

<sup>18</sup> Impessoalidade da jurisdição; Permanência da Jurisdição; Independência dos juízes; Motivação das decisões; Igualdade concreta; Inexistência de obstáculos ilegítimos; Efetividade qualitativa; Procedimento legal, flexível e previsível; Publicidade; Legalização estrita no exercício do poder de coerção; Prazo razoável; Duplo grau de jurisdição; e Respeito à dignidade humana.

<sup>19</sup> “*Em nenhum outro ramo do direito, portanto, mais se avulta a importância dos princípios informativos do que no direito processual, já que da fiel interpretação de seus dispositivos e da correta aplicação de seus institutos vai depender a sorte prática, não raras vezes, das normas dos demais ramos da ciência jurídica, que compõem o direito material ou substancial. A propósito pode-se afirmar, sem medo de errar, que a falta de uma visão segura das funções do direito processual tem sido, na experiência dos pretórios, motivo de reiteradas lesões a incontestes direitos subjetivos das partes, não só por parte de seus procuradores, como*

violação a esses princípios consiste em grave retrocesso na linha evolutiva do processo civil contemporâneo.

Importa destacar que, muitas vezes, são as próprias reformas processuais que violam os princípios. Como é cediço, reformas legislativas costumam tentar resolver um problema pontual (e até resolvem), mas, pela falta de investigação prévia de seus efeitos, criam uma outra barreira à efetividade processual e, em algumas circunstâncias, acabam por violar princípios processuais. Nesse contexto, José Carlos Barbosa Moreira<sup>20</sup> propõe que as reformas da lei processual sejam precedidas do diagnóstico dos males que se quer combater e das causas que o geram ou alimentam, para evitar que as incessantes reformas, ainda que resolvam um problema aqui, criem outro acolá.

A Lei nº 11.419/06 procurou otimizar a tramitação do processo, prometendo a diminuição da burocracia cartorária e do tempo de duração da ação; a redução dos custos de acompanhamento de uma causa; e uma maior acessibilidade aos autos, entre outras vantagens.

Contudo, na esteira da proposta de José Carlos Barbosa Moreira, não se deve acreditar cegamente nesses resultados. Antes, é preciso avaliar o impacto que a informatização judicial poderá causar a determinados princípios do processo civil, como medida de aprimorar as conseqüências benéficas do novo sistema e evitar os seus efeitos maléficos.

A presente análise se restringe a apenas alguns princípios do processo civil, uma vez que nem todos sofrem reflexo direto da informatização judicial.

### **3. O impacto da informatização judicial sobre os princípios do processo civil**

A Lei 11.419/06 não operou uma transformação radical no Código de Processo Civil, tendo em vista que os prazos, as ações, os recursos, os procedimentos etc. permanecem os mesmos<sup>21</sup>. Em verdade, esse diploma legal encaixou a possibilidade do

---

*também dos órgãos judiciários*". THEODORO JUNIOR, Humberto. Princípios gerais do direito processual civil. In: Revista de Processo, vol. 23, p.175-191.

<sup>20</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. "O Futuro da Justiça: alguns mitos". TEMAS DE DIREITO PROCESSUAL. 8ª série. Rio de Janeiro: Ed. Saraiva, 2004, pp. 1/13.

<sup>21</sup> "O que é relevante notar, contudo, é que a Lei 11.419/06, ao tratar da 'informatização do processo judicial, em verdade não está criando um novo processo judicial. Está apenas tratando de modificar a forma de

uso do meio eletrônico em todos os artigos em que o seu uso é possível, além de ter regulamentado, de forma geral, o processo total ou parcialmente eletrônico. Assim, a informatização judicial não repercutirá diretamente sobre a maioria dos princípios do processo civil. Todavia, é inegável que, em razão das características e necessidades do uso do meio eletrônico, alguns princípios serão diretamente atingidos, positiva ou negativamente, tudo a depender dos cuidados na implantação e na operacionalização do novo sistema.

### 3.1. O impacto da informatização judicial sobre o princípio do acesso à justiça

A expressão *acesso à justiça* é vaga e comporta diferentes significados, até porque o termo *justiça* possui diferentes acepções, como, por exemplo, o ideal de dar a cada um o que é seu; uma ordem de valores e direitos fundamentais para o ser humano; o Poder Judiciário etc. O princípio do acesso à justiça tem um sentido muito mais abrangente do que a simples possibilidade de um indivíduo acessar o Poder Judiciário e propor uma ação ou então se defender. Consoante o entendimento doutrinário hodierno,

*“a problemática do acesso à Justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa”<sup>22</sup>.*

A expressão *“acesso à ordem jurídica justa”* vem sendo usada para definir o princípio do acesso à justiça. Cumpre ressaltar que essa perspectiva axiológica não se limita apenas a garantir meios idôneos e com custos módicos àquele que propõe e àquele que se defende na demanda. Atualmente, o ordenamento jurídico e os operadores do

---

*comunicação, realização e documentação de atos processuais. Não está alterando o conteúdo deles. A petição inicial continua a ser a mesma. O recurso contra uma decisão não mudou. O depoimento também é prestado da mesma forma que era anteriormente. As citações e intimações continuam sendo realizadas etc. O que difere é o modo de documentação e comunicação dos atos, com a utilização dos recursos da era da informação eletrônica”.* LEONEL, Ricardo de Barros. Reformas Recentes do Processo Civil. São Paulo: Editora Método, 2007. p. 226.

<sup>22</sup> WATANABE, Kazuo; GRINOVER, Ada Pellegrino; e DINAMARCO, Candido Rangel. *Acesso à Justiça e Sociedade Moderna. Participação e Processo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1988, p.128.

Direito devem promover e preservar uma série de garantias e princípios que, em conjunto, constroem essa ordem jurídica justa.

Na obra “Teoria Geral do Processo”<sup>23</sup>, Antonio Carlos de Araujo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Candido Rangel Dinamarco, eméritos processualistas brasileiros, apontam a utilidade das decisões e o ingresso em juízo como alguns dos pontos sensíveis do acesso à justiça. Na mesma linha, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro<sup>24</sup> indica os princípios da utilidade e da acessibilidade como dois dos princípios que informam o acesso à justiça. Faz-se menção a esses dois princípios, uma vez que a informatização do processo vai gerar impacto sobre eles, repercutindo efeitos diretos sobre o princípio do acesso à justiça.

O princípio da utilidade exprime que todo processo deve dar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter. Essa idéia era defendida por Giuseppe Chiovenda, para quem “Il processo deve dar per quanto è possibile praticamente a chi ha um diritto tutto quello e proprio quello ch’egli há diritto di conseguire”<sup>25</sup>. Paulo Cezar Pinheiro Carneiro<sup>26</sup> complementa esse conceito, afirmando que a entrega desse direito deve se dar da forma mais rápida e proveitosa possível.

No contexto do princípio da utilidade, a informatização do processo judicial poderá ter efeitos muito benéficos, em razão de algumas experiências prévias, como, por exemplo, a penhora *on line* de numerário em contas bancárias. Desde 2002, os tribunais vêm atuando em conjunto com o Banco Central, através do Sistema BACEN-JUD, para bloquear dinheiro nas contas dos devedores. Esse procedimento, que antes dependia de um ofício escrito e de semanas ou até meses para se ter uma resposta sobre o sucesso da tentativa, agora, não dura mais do que 24 horas. O juiz da causa, do seu próprio gabinete, envia uma mensagem eletrônica ao Banco Central, pelo aludido programa, determinando a penhora de um determinado valor, nas contas bancárias de um determinado devedor. Imediatamente, o Banco Central repassa a ordem a todas as instituições financeiras, que cumprem a determinação incontinênti. Essa experiência foi muito proveitosa, tendo em vista que muitas dívidas foram rapidamente satisfeitas pela penhora *on line*.

---

<sup>23</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araujo; GRINOVER, Ada Pellegrino; e DINAMARCO, Candido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros Editores, 10ª edição, 1994. pp. 34/35.

<sup>24</sup> CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à Justiça – Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2ª edição, 2000.

<sup>25</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. *Saggi di Diritto Processuale Civile*. V. 1. Roma, 1930, p. 110. *Apud* CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Op. cit., p. 79.

<sup>26</sup> CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Op. cit., p. 78.

A Lei nº 11.382/06, que regulamenta a nova execução de título extrajudicial, incluiu no Código de Processo Civil três dispositivos diretamente ligados à relação entre o uso do meio eletrônico no processo e o princípio da utilidade. O artigo 655-A introduz no corpo do código a penhora *on line* de dinheiro em depósitos ou aplicações financeiras, tal como já ocorria com o Sistema BACEN-JUD, e o § 6º do artigo 659 permite a penhora *on line* de qualquer bem móvel ou imóvel. Evidentemente, a constrição de um veículo dependerá da interligação entre os sistemas do tribunal e do DETRAN do Estado em que se encontra o veículo. O mesmo pode ser dito com relação à constrição de imóveis, que dependerá de interligação com o sistema dos cartórios de registro de imóveis. Por fim, impende comentar que o artigo 689-A prevê a realização de leilão eletrônico, que é feito pela *internet* e aumenta as chances de arrematação, em virtude da possibilidade de se ter um significativo número de licitantes, os quais poderão realizar seus lances de qualquer lugar do planeta.

Esses novos procedimentos eletrônicos da execução de título executivo extrajudicial estão em total consonância com os ditames da Lei nº 11.419/06, uma vez que seus atos são praticados pela forma eletrônica, com certificação digital. Talvez num futuro próximo, os bens dos devedores serão rapidamente encontrados e bloqueados para a satisfação das dívidas, graças a esses mecanismos eletrônicos eficientes. Afinal, a constrição e a expropriação pela forma eletrônica são muito mais ágeis, de modo que conferem maior efetividade ao processo, em respeito ao princípio da utilidade. Nesse sentido, os tribunais devem celebrar acordos com os órgãos da administração pública (Ex: Ministério da Fazenda, Juntas Comerciais, Cartórios etc.) para a criação de sistemas de informática que acelerem a comunicação entre os mesmos, de modo a permitir o alcance rápido, seguro e proveitoso de informações úteis ao descobrimento da verdade, bem como para facilitar averbações, registros, alterações em cadastros etc<sup>27</sup>.

---

<sup>27</sup> “Existe um sentimento na população de que, não obstante a pessoa ganhe a causa, não leva o resultado. As leis da penhora *on line* e da indisponibilidade de bens foram editadas para minimizar essa sensação. Mas precisamos estudar e criar mecanismos para tornar esse tipo de determinação mais segura. O juiz pode determinar a todos os cartórios que façam o registro da indisponibilidade de bens. Porém, como não existe um sistema informatizado de interligação dos órgãos do poder judiciário com os cartórios, e mesmo de cartório para cartório, esse processo fica restrito à legislação. A indisponibilidade atinge bens futuros e presentes e não existe uma maneira, no sistema atual, de a determinação ser acompanhada diariamente pelos cartórios. Rapidez nem sempre é sinônimo de justiça; precisamos de um poder Judiciário veloz, mas também de uma Justiça melhor. Portanto, é imprescindível que se encontre uma forma de integração total dos órgãos públicos com os cartórios, e de cartório para cartório, o que só se dará mediante regulamentação nacional. O processo de discussão não pode ficar restringido a termos estaduais, mas é extremamente necessário que se transporte para o nível nacional. É imprescindível que haja uma implantação de um

Como visto, a informatização renderá bons resultados no que diz respeito ao princípio da utilidade. Por outro lado, o princípio da acessibilidade tem pontos críticos que devem ser observados, para evitar a sua violação. Paulo Cezar Pinheiro Carneiro<sup>28</sup> assenta que a acessibilidade pressupõe a existência de pessoas capazes de estar em juízo, sem óbice de natureza financeira, manejando adequadamente os instrumentos legais judiciais e extrajudiciais existentes, de sorte a possibilitar a efetivação dos seus direitos. Assim, é primordial que sejam eliminadas as dificuldades econômicas que impeçam ou dificultem o cidadão de litigar.

Um dos mecanismos adotados no Brasil foi a previsão constitucional de assistência jurídica integral e gratuita (art. 5º, LXXIV), assim como a possibilidade de concessão do benefício da gratuidade de justiça (Lei 1.060/50). A Defensoria Pública tem papel de destaque nesse campo e vem desempenhando suas funções de modo profícuo, apesar dos inúmeros obstáculos que tal classe enfrenta no dia-a-dia forense.

No entanto, com o advento da Lei nº 11.419/06, o custo do processo pode ser elevado de uma forma nova e diferente, a despeito da existência da Defensoria Pública e da possibilidade de se litigar com o benefício da gratuidade de justiça. Isso porque o processo eletrônico depende do acesso à *internet*, através de banda larga; do uso de computador; de impressora e de escâner, entre outros equipamentos custosos. Ora, se os litigantes dependerão de advogados que tenham tais aparelhos e se é notório que grande parte dos advogados brasileiros vem passando por dificuldades financeiras, pode-se prever, nesse diapasão, uma barreira ao princípio da acessibilidade. Outrossim, a parte que quiser litigar sem advogado, nas hipóteses permitidas em lei, também poderá ser prejudicada por essa barreira, uma vez que, segundo recente pesquisa do IBGE, apenas 21% da população brasileira têm acesso à rede mundial de computadores. O Brasil ocupa o 62º lugar no ranking de nível de acesso no mundo, e o 4º lugar, na América Latina<sup>29</sup>.

Deste modo, a Lei nº 11.419/06 poderá impor um novo obstáculo financeiro aos advogados e aos litigantes, prejudicando sobremaneira o princípio do acesso à justiça. Sendo assim, para evitar esse problema, cabe à Administração Pública adotar projetos

---

*sistema padronizado. Essa é a única forma de lhe darmos com a comunicação dos meios eletrônicos que tanto faz parte do nosso dia-a-dia*". PUPIN, Cintia Mítico Belgamo. A Eficácia das Decisões Judiciais e os Registros Eletrônicos. In Boletim do IRIB. Nº 322. São Paulo: Editado pelo Instituto de Registro Imobiliário do Brasil, 2005, p. 179.

<sup>28</sup> CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Op. cit, p. 57.

<sup>29</sup> Jornal O GLOBO, 24 de março de 2007, p. 35.

sérios de inclusão digital, bem como ao Poder Judiciário disponibilizar infra-estrutura de informática ampla, acessível e de qualidade aos advogados e à população em geral<sup>30</sup>.

Portanto, o impacto da informatização judicial sobre o princípio do acesso à justiça apresenta duas facetas diferentes. Àqueles que não sofrem com o problema da exclusão digital, o uso do meio eletrônico proporcionará uma considerável eficiência na obtenção e no registro de informações em cadastros públicos, assim como na constrição e na expropriação de bens móveis e imóveis. Entretanto, aos que estão excluídos dos meios eletrônicos e digitais, a informatização poderá representar uma nova barreira ao acesso à justiça, caso não seja implantada de forma prudente<sup>31</sup>.

### 3.2. O impacto da informatização judicial sobre o princípio da celeridade

Ninguém pode negar que o desenvolvimento tecnológico vem acarretando, na maioria das áreas, a redução dos custos e um assustador aumento da velocidade na utilização dos serviços, em virtude da maior capacidade de armazenamento de informações, dados, itens, acessórios etc., em menor espaço e com menos tempo. Na música, podemos citar os CD's, que substituíram os LP's e agora estão sendo "engolidos" pelos reprodutores de MP3. No ramo do vídeo, as fitas VHS foram rapidamente trocadas pelos DVD's. As cartas, pelos *e-mails*. Os telefones fixos, pelos celulares ou até mesmo por *chats* na *internet*. Enfim, podemos destacar aqui inúmeros exemplos de como a tecnologia transformou e empreendeu uma melhora nos serviços, sem precisar aumentar os custos. Por que, então, o Poder Judiciário não pode utilizar a tecnologia em seu favor?

Aliás, é preciso atentar para o fato de que esse quadro social tecnológico em que vivemos também acarretou o aumento exponencial de contatos, de relações

---

<sup>30</sup> "Assim, embora a lei em questão vincule o legislador e o administrador a certas diretrizes para a elaboração de normas complementares e formulação de políticas públicas, respectivamente, devem ser afastadas, de plano, interpretações no sentido de que a Lei 11.419/06 obrigaria os jurisdicionados a adotar, imediatamente, o meio eletrônico para a consecução dos atos processuais. Caso contrário, haveria afronta ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional – correspondente ao direito de ação e de defesa (art. 5º, XXXV, LIV e LV, da CF) – e, também, à isonomia (art. 5º, caput, da CF), tendo em vista a realidade social e econômica brasileira". WAMBIER, Luiz Rodrigues. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. MEDINA, José Miguel Garcia, Op. cit., p. 292.

<sup>31</sup> "Como uma pequena conclusão sobre a nova lei, podemos dizer que a iniciativa do legislador é ambiciosa, mas muito bem-vinda. Por outro lado, não se pode fechar os olhos para a realidade brasileira, segundo a qual a maioria esmagadora da população ainda se encontra excluída dos meios eletrônicos e digitais. Deste modo, espera-se que haja prudência na aplicação da nova lei, de modo a não aumentar ainda mais a desigualdade hoje existente". PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Op. cit., p. 210.

comerciais e, conseqüentemente, de conflitos. Assim, o número de processos no Poder Judiciário vem aumentando exponencialmente, mercê, em grande parte, dos serviços prestados com o uso da tecnologia. Os dados do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro<sup>32</sup> revelam que as empresas mais acionadas nos Juizados Especiais são justamente aquelas ligadas ao setor de telefonia fixa e celular, além dos bancos<sup>33</sup> e provedores de acesso à *internet*.

Ora, se a tecnologia está propiciando o aumento do número de demandas, atravancando ainda mais o julgamento dos processos em tempo razoável, então é utilizando a tecnologia que o Poder Judiciário poderá acelerar a tramitação das causas<sup>34</sup>. A otimização da marcha processual não decorrerá somente do envio de petições pelo meio eletrônico. A tramitação, em geral, será informatizada, até porque a própria Lei 11.419/06 infunde isso. Um bom exemplo é a carta precatória, que costuma durar alguns meses para ser cumprida e devolvida ao juízo deprecante, mas, com a informatização, será muito mais produtiva, eis que chegará ao juízo deprecado na mesma velocidade em que um e-mail atinge o seu destinatário. Do mesmo modo, a intimação para os advogados, sendo feita pelo meio eletrônico, promoverá maior agilidade no cumprimento do prazo e, logo em seguida, na remessa da respectiva manifestação à conclusão.

Há um outro interessante exemplo do que poderá ocorrer. Conforme comentado acima, se os órgãos da Administração Pública se interligarem com os sistemas de informática do Poder Judiciário, é possível antever que a instrução processual terá na cibernética um grande aliado. Afinal, o juiz poderá requisitar informações e recebê-las ligeiramente, sem precisar passar pela tormentosa e morosa remessa de ofício de papel.

Destarte, a tramitação do processo pelo meio eletrônico será mais célere e mais prática<sup>35</sup>, operando reflexos positivos sobre o princípio da celeridade, que está previsto

---

<sup>32</sup> [www.tj.rj.gov.br](http://www.tj.rj.gov.br). Para acessar a lista, devem ser clicadas as seguintes opções: 1-“Institucional”; 2-“Juizados Especiais”; 3- “Consulta Empresas Mais Acionadas”.

<sup>33</sup> Embora os bancos não tenham como atividade-fim o fornecimento de recursos tecnológicos, os problemas com os clientes, em muitos casos, decorrem das falhas de segurança nos suportes e aplicativos cibernéticos disponibilizados aos clientes (ex: *hackers* que efetuam transferências em contas alheias, clonagem de cartões etc.).

<sup>34</sup> De acordo com Carlos Roberto Siqueira Castro, “a Lei nº 11.419/2006 representa marco civilizatório na história do Judiciário e visou atender aos reclamos da classe jurídica em geral, que atribui a morosidade do aparelho judiciário, dentre outras causas estruturais e conjunturais, ao déficit de informatização”. *Informatização da Justiça e Inclusão Digital*. Rio de Janeiro: Tribuna do Advogado, Fevereiro de 2007, página 11.

<sup>35</sup> “O direito processual, ao invés de somente analisar suas próprias entranhas, deve preocupar-se com os resultados práticos”. NASCIMENTO, André Filgueiras. *Análise de Aspectos Processuais da Lei 10.409/02 à Luz da Política Criminal de Drogas no Brasil*. Dissertação de Mestrado apresentada e arquivada, em 2005, na

especialmente no teor do artigo 5º, LXXVIII, da Constituição, segundo o qual os processos devem ter um tempo razoável de duração, com meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

### 3.3. O impacto da informatização judicial sobre o princípio da igualdade

O princípio da igualdade está previsto no *caput* do artigo 5º da Constituição e é um corolário do princípio do devido processo legal<sup>36</sup>. A previsão legislativa no campo processual se encontra especificamente no artigo 125, I, do Código de Processo Civil, que expressa que o juiz, ao dirigir o processo, deve assegurar às partes igualdade de tratamento. Esta, por sua vez, não pressupõe um tratamento isonômico formal, segundo o qual a lei não deve estabelecer diferença entre os indivíduos. Esse conceito já foi desenvolvido e deu lugar à igualdade substancial<sup>37</sup>, que pugna pela igualdade material. Assim, a meta preconizada por esse princípio é a aplicação e a preservação da igualdade material, através de tratamento igual aos iguais e desigual, aos desiguais, na medida de suas diferenças.

No plano processual, a igualdade material está fundada no equilíbrio das armas e consiste em uma garantia estrutural do processo justo, que é assim apresentada por Leonardo Greco:

*“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*

---

Faculdade de Direito da Universidade Candido Mendes do Centro do Rio de Janeiro. p. 95. Nesse trabalho, o autor ressaltou que a prestação jurisdicional lenta consiste na denegação da própria justiça, até porque, em muitos dos casos, a própria parte vencedora nem consegue satisfazer o seu direito, em razão da extensa duração do processo e do seu conseqüente desinteresse.

<sup>36</sup> PINHO, Humberto Dalla Bernardina. Op. cit., p. 27.

<sup>37</sup> Cf. CINTRA, Antonio Carlos de Araujo; GRINOVER, Ada Pellegrino; e DINAMARCO, Candido Rangel. Op. cit., p. 54.

*apresentem nas mesmas condições de acesso à tutela jurisdicional dos seus interesses*<sup>38</sup>.

Um fator que habitualmente afeta a paridade de armas é a capacidade econômica das partes. Quando uma delas possui mais recursos que a outra, a diferença financeira, em geral, reflete na qualidade do advogado, na capacidade de produção da prova, enfim, reflete justamente na oportunidade de sucesso final<sup>39</sup>. O ordenamento jurídico dispõe de alguns mecanismos para equilibrar a relação processual, como, por exemplo, a inversão do ônus da prova (artigo 6º, inciso VIII) no Código de Defesa do Consumidor, com o fito de ajudar a parte hipossuficiente.

Impende ressaltar que a Lei 11.419/06 também busca evitar o desequilíbrio de armas entre os litigantes do processo informatizado. De acordo com o artigo 10, § 3º, os órgãos do Poder Judiciário deverão manter equipamentos de digitalização e de acesso à rede mundial de computadores à disposição dos interessados para distribuição de peças processuais<sup>40</sup>. O objetivo desse dispositivo é o de evitar que a parte que tenha amplo acesso à informática predomine sobre o excluído digital, por conta dessa diferença. Afinal, como dito acima, elas devem ter as mesmas oportunidades.

No entanto, ainda que, nos tribunais, tais equipamentos sejam disponibilizados àqueles que não têm acesso à *internet* e ao computador, já se pode antever a seguinte disparidade de armas. Pelo artigo 10, § 1º, a petição eletrônica poderá ser protocolizada até a meia-noite do dia do prazo. Ora, os tribunais não ficam abertos até a meia-noite, e decerto não ficarão as salas dos tribunais que disponibilizam esses equipamentos. Dessa

---

<sup>38</sup> GRECO, Leonardo. Op. cit., p. 14.

<sup>39</sup> “O poder econômico capaz de justificar a intervenção direta do princípio da igualdade material nos institutos processuais é aquele que coloque uma das partes na relação jurídica em total desvantagem em relação à outra litigante”. MORALLES, Luciana C. Pereira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006, p. 108.

<sup>40</sup> Em março de 2004, isto é, antes da Lei n 11.419/06, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região disciplinou a tramitação de processos no Juizado Especial Federal Cível por meio eletrônico. Segundo o site [www.trf4.gov.br](http://www.trf4.gov.br), essa virtualização objetivava economizar e acelerar a tramitação dos processos, facilitando o trabalho dos advogados e procuradores dos órgãos públicos, melhorando o atendimento às partes, agilizando os serviços dos servidores e conferindo maior segurança e rapidez na atuação dos magistrados. É importante registrar que um cidadão questionou judicialmente a obrigatoriedade do uso do processo eletrônico nos Juizados Especiais do TRF-4, sendo que a questão foi parar no Superior Tribunal de Justiça, o qual, no julgamento da MC 11.167-RS, realizado quase um ano antes da entrada em vigor da Lei 11419/06, asseverou que a sistemática ali implantada assegura o acesso aos equipamentos e aos meios eletrônicos às partes e aos procuradores que deles não disponham, de forma que, a princípio, ninguém tem o acesso à justiça ou o exercício da profissão impedido em decorrência do processo eletrônico.

maneira, aquele que tem amplo acesso à informática em casa ou no escritório desfrutará de um prazo maior para protocolizar suas petições, o que demonstra a violação ao princípio da igualdade.

Demais disso, conforme comentado acima, o sucesso da informatização judicial depende da adoção de políticas públicas de inclusão digital, sob risco de o processo virtual se tornar, como afirma Edilberto Clementino Barbosa<sup>41</sup>, “*uma via de uso exclusivo das classes economicamente mais favorecidas da população*”, criando-se duas Justiças distintas – “*a dos ricos (informatizada e, conseqüentemente, mais rápida) e a dos pobres (tradicionalmente mais lenta)*” – e maculando o princípio da igualdade. Há quem entenda, por outro lado, que a adoção do processo eletrônico pelas camadas mais abastadas reduzirá bastante a quantidade de processos de papel nas prateleiras dos cartórios. Por conseguinte, aqueles que litigam pela via tradicional seriam beneficiados com a redução dos processos de papel, o que enxugaria a máquina judiciária.

Bem, o que se pode concluir, desde já, com relação ao princípio da igualdade, é que o meio eletrônico não pode ser imposto aos jurisdicionados. Antes disso, é necessária uma fase de transição, que permita o uso do meio eletrônico para a prática dos atos processuais, mas que não obrigue o litigante a utilizá-lo, sob risco de transgredir o princípio da igualdade. Essa conclusão se reforça pelo artigo 11, § 6º, da Lei 11.419/06, que estabelece que os autos do processo poderão ser parcialmente eletrônicos. Assim, serão totalmente eletrônicos, quando as partes assim preferirem. Todavia, a partir do momento em que uma das partes não possui condição de atuar adequadamente por esse meio, e caso a outra opte pela via informatizada, então o processo deve correr sob a forma de parcialmente eletrônico.

### **3.4. O impacto da informatização judicial sobre o princípio da publicidade**

O princípio da publicidade se reveste de significativo interesse público no plano processual, uma vez que, a partir dele, são desenvolvidas as regras de controle da Justiça pela população<sup>42</sup>. No Brasil, a publicidade do processo está prevista na Constituição

---

<sup>41</sup> CLEMENTINO, Edilberto Barbosa. Op. cit., p. 138.

<sup>42</sup> “A publicidade dos atos processuais é uma das mais importantes garantias do processo democrático, pois é o único instrumento eficaz de controle da exação dos juízes no cumprimento dos seus deveres e no

(artigos 5º, inciso LX, e 83, inciso IX) e só pode ser restrita nos casos em que a intimidade ou o interesse social o exigirem<sup>43</sup>. O artigo 155 do Código de Processo Civil espelha essa regra geral da publicidade e regulamenta as situações em que deverá haver segredo de justiça<sup>44</sup>.

Com efeito, o espírito democrático que envolve o ordenamento jurídico pátrio não combina com o que é secreto. Na visão de Rui Portanova<sup>45</sup>, “*à vista dos amplos poderes que detém o juiz, a publicidade é uma contrapartida, que dá segurança e garantia contra a falibilidade humana e as arbitrariedades dos julgadores*”. Importa destacar que a publicidade do processo enseja não somente a análise dos autos pelo público, como também o acesso aos julgamentos e audiências<sup>46</sup>.

A regra da publicidade do processo está bem clara no artigo 155 do Código de Processo Civil, de maneira que dispensava a sua regulamentação no processo eletrônico. A despeito disso, a Lei 11.419/06 assim tratou do tema, *in verbis*:

*“Artigo 11. (...)*

*§ 6º Os documentos digitalizados juntados em processo eletrônico somente estarão disponíveis para acesso por meio de rede externa para suas respectivas partes processuais e para o Ministério Público, respeitado o disposto em lei para as situações de sigilo e de segredo de justiça.”*

---

*respeito à dignidade humana e aos direitos das partes. Por isso, dela depende a credibilidade e a confiança que a sociedade deve depositar na Justiça*”. GRECO, Leonardo. Op. cit., p. 19.

<sup>43</sup> “O que, no sistema revogado, era garantia processual passou a ser constitucional, em face das novas disposições da Carta Magna a respeito da publicidade dos atos e das decisões dos órgãos do Poder Judiciário”. NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. 8ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 209.

<sup>44</sup> As hipóteses de segredo de justiça do artigo 155 do CPC são: casamento, filiação, separação dos cônjuges, conversão desta em divórcio, alimentos, guarda de menores (inciso II) e nas causas em que o exigir o interesse público (inciso I).

NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. 8ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 210.

<sup>45</sup> PORTANOVA, Rui. Op. Cit., p. 168.

<sup>46</sup> “A publicidade das audiências prende-se à necessidade de serem fiscalizadas pelo público, como que autenticadas pelo fato de qualquer pessoa assistir a elas”. MIRANDA, Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense. 1973. p. 63.

Bem, se a Lei 11.419/06 regulamentou algo que já estava claro, então significa que o processo eletrônico abordará a publicidade com alguma peculiaridade. Pelo menos, tal premissa é a mais lógica, uma vez que, do contrário, bastaria a norma silenciar sobre o assunto.

De acordo com o citado dispositivo, no processo eletrônico, os documentos digitalizados somente estarão disponíveis, pela *internet*, às partes, seus procuradores e ao Ministério Público. O legislador foi infeliz ao adotar o termo “documentos”. Afinal, de quais documentos a lei está tratando? São todos os documentos do processo? São os documentos adunados às petições? São apenas os documentos que exigem sigilo por sua própria natureza (extratos de contas bancárias, declaração de imposto de renda etc.)? Impende, por conseguinte, confrontar esse dispositivo com o artigo 155 do Código de Processo Civil, para compreender a intenção da Lei 11.419/06.

Ao adotar a expressão “*documentos digitalizados juntados em processo eletrônico*”, a Lei 11.419/06 não se referiu à íntegra dos autos virtuais. Afinal, se esse fosse o seu objetivo, seria suficiente dizer que o processo eletrônico correrá em segredo de justiça. Esse entendimento se reforça pela parte final desse parágrafo sexto, o qual faz a seguinte ressalva: “*respeitado o disposto em lei para as situações de sigilo e de segredo de justiça*”. Logo, o que se extrai é que, nas circunstâncias do artigo 155, incisos I e II, do Código de Processo Civil, o processo eletrônico correrá em segredo de justiça. Nas demais hipóteses, será público e apenas os documentos que ordinariamente devem ser acautelados ficarão restritos ao acesso das partes, dos seus procuradores e do *Parquet*. Se essa interpretação prevalecer, pode-se afirmar que a informatização não produzirá nenhum impacto negativo sobre o princípio da publicidade. Aliás, o que se pode esperar é que, respeitadas as regras do segredo de justiça, o processo eletrônico será mais acessível à população<sup>47</sup>, em prol do princípio da publicidade, que preconiza o controle da atividade judiciária pela sociedade.

Já Petrônio Calmon tem um entendimento um pouco diferente. Para ele, “o § 6º do art. 11 refere-se apenas à prova documental acostada aos autos”<sup>48</sup>. Isto, porque a lei,

---

<sup>47</sup> José Carlos de Araújo Almeida Filho observa que esse parágrafo sexto relativiza o princípio da publicidade, porque os autos somente estarão disponíveis para aqueles que fizerem o *login* no sistema dos tribunais. ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. *Processo Eletrônico e Teoria Geral do Processo Eletrônico. A Informatização Judicial no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 279.

<sup>48</sup> CALMON, Petrônio. *Comentários à Lei de Informatização do Processo Judicial*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 117.

ao falar em documentos, não está tratando de petições nem dos atos do juiz ou do escrivão nem de qualquer outro. Assim, a posição do citado autor é a de que a Lei 11.419/06 proíbe a publicidade das provas documentais, seja nos casos de segredo de justiça ou não. Em que pese a posição desse notável processualista, a intenção do legislador não parece ter sido a de restringir o acesso a todas as provas documentais, até porque essa interpretação transforma tal parágrafo em norma inconstitucional, uma vez que, ao restringir o acesso a qualquer documento, viola o princípio da publicidade.

A despeito das dúvidas ainda existentes sobre o mencionado parágrafo sexto, já se pode prever um impacto positivo da informatização do processo sobre o princípio da publicidade, na linha do entendimento de Edilberto Barbosa Clementino, segundo o qual

*“o Processo Judicial Eletrônico respeita o Princípio da Publicidade, na medida em que atende aos seguintes critérios:*

- a) Assegura e amplia o conhecimento pelas partes de todas as suas etapas, propiciando-lhes manifestação oportuna;*
- b) Enseja e amplia o conhecimento público do Processo Judicial, bem como do conteúdo das decisões ali proferidas, para plena fiscalização da sua adequação pelas partes e pela coletividade.”<sup>49</sup>*

#### **4. Conclusão**

A onda tecnológica abraçou o planeta e fincou suas garras sobre todos os ramos de atuação da humanidade. A jurisdição, obviamente, não ficou de fora do impacto cibernético. Mas, conforme comentado acima, ainda que a informatização do processo judicial seja um caminho sem volta, não se pode olvidar que os princípios processuais devem ser respeitados, sob risco de um grave retrocesso na constante busca pelo processo justo.

É importante frisar que, se a informatização do processo judicial vem para ajudar, ela não pode atrapalhar<sup>50</sup>. Por mais redundante que seja essa preocupação, ela é

---

<sup>49</sup> CLEMENTINO, Edilberto Barbosa. Op. cit., p. 151.

necessária. José Carlos Barbosa Moreira já faz, há um bom tempo, o alerta para se ter cautela com esse açodamento legislativo nas reformas processuais.

O cuidado na implantação do sistema da Lei 11.419/06 deve ser redobrado, especialmente com relação aos princípios do acesso à justiça e da igualdade. Como muito bem advertiu Edilberto Barbosa Clementino, a informatização do processo judicial não pode dividir a Justiça entre aquela dos ricos (informatizada e veloz) e aquela dos pobres (lenta e ineficiente). Diante da exclusão digital que assola o Brasil, será necessária uma vasta política de integração populacional aos meios cibernéticos, tal como ocorreu com a telefonia, em decorrência do FUST (Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações), instituído pela Lei 9.998, de 17 de agosto de 2000.

Se essas circunstâncias forem levadas em consideração, com a adoção dos devidos métodos preventivos, poderemos esperar um impacto positivo da informatização judicial sobre todos os princípios processuais.

## **BIBLIOGRAFIA**

ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. *Processo Eletrônico e Teoria Geral do Processo Eletrônico. A Informatização Judicial no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

CALMON, Petrônio. *Comentários à Lei de Informatização do Processo Judicial*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro; e GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução e revisão: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à Justiça – Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2ª edição, 2000.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Rio de Janeiro: Tribuna do Advogado, Fevereiro de 2007.

CINTRA, Antonio Carlos de Araujo; GRINOVER, Ada Pellegrino; e DINAMARCO, Candido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros Editores, 10ª edição, 1994.

---

<sup>50</sup> “O direito positivado e praticado pelos tribunais, que vem sempre a reboque das mudanças sociais, políticas e econômicas, ou das diferentes exigências surgidas em consequência dessas mudanças, não deve ser submetido ao açodamento das transformações que logo depois podem revelar-se inconvenientes”. DINAMARCO, Candido Rangel. Op. cit., p. 16.

CLEMENTINO, Edilberto Barbosa. *Processo Judicial Eletrônico*. Curitiba: Juruá Editora, 2007, p.59.

DINAMARCO, Candido Rangel. *Nova Era do Processo Civil*. 2ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GRECO, Leonardo. “*GARANTIAS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO: O PROCESSO JUSTO*”. [www.mundojuridico.com.br](http://www.mundojuridico.com.br), acessado em 17/11/2007.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Reformas Recentes do Processo Civil*. São Paulo: Editora Método, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense. 1973.

MORALLES, Luciana C. Pereira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. “O Futuro da Justiça: alguns mitos”. *TEMAS DE DIREITO PROCESSUAL*. 8ª série. Rio de Janeiro: Ed. Saraiva, 2004.

NASCIMENTO, André Filgueiras. *Análise de Aspectos Processuais da Lei 10.409/02 à Luz da Política Criminal de Drogas no Brasil*. Dissertação de Mestrado apresentada e arquivada, em 2005, na Faculdade de Direito da Universidade Candido Mendes do Centro do Rio de Janeiro.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 8ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

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

PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. 6ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

PUPIN, Cintia Mitico Belgamo. *A Eficácia das Decisões Judiciais e os Registros Eletrônicos*. *In Boletim do IRIB*. Nº 322. São Paulo: Editado pelo Instituto de Registro Imobiliário do Brasil, 2005.

TORRES, Ricardo Lobo. Curso de Direito Financeiro e Tributário, 10ª ed., atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil 3*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Princípios gerais do direito processual civil. In: Revista de Processo, vol. 23.

WATANABE, Kazuo; GRINOVER, Ada Pellegrino; e DINAMARCO, Candido Rangel. *Acesso à Justiça e Sociedade Moderna. Participação e Processo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1988.

# A ARBITRAGEM ENVOLVENDO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O PROCESSO DE HOMOLOGAÇÃO DA SENTENÇA ARBITRAL ESTRANGEIRA NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**Daniel Coelho**

*Mestre em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogado.*

## **Introdução**

Após a promulgação da Lei nº 9.307/96 e o reconhecimento de sua constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, a arbitragem vem se difundindo como mecanismo alternativo de solução de conflitos. A celeridade, a especialização dos árbitros, a privacidade e a confidencialidade que se notabilizam no procedimento arbitral vêm se revelando de grande valia para a resolução de conflitos de elevado valor econômico e extrema complexidade legal, tais como disputas societárias entre acionistas de grandes empresas, responsabilidade contratual de fornecedores de equipamentos e serviços de grande porte e controvérsias na interpretação de cláusulas de contratos de empréstimos e financiamento.

No Brasil, apesar da dinamização e diversificação da economia nos últimos quinze anos, o Estado ainda possui um papel importante, quiçá preponderante, na geração e circulação de riquezas. Seja por meio dos entes da chamada administração direta, seja por meio de autarquias, empresas públicas e fundações, ou ainda, e principalmente, das sociedades de economia mista, o Estado Brasileiro é um agente econômico extremamente relevante. Para que não se perca tempo com construções teóricas desnecessárias, basta citar o peso econômico de entes como a Petrobras, o Banco do Brasil, a Caixa Econômica Federal e o BNDES.

Por outro lado, muitas das mais relevantes atividades econômicas exploradas por particulares, tais como geração e distribuição de gás, petróleo e energia elétrica, transportes públicos, distribuição de água, prestação de serviços de telefonia e

fornecimento de dados, mineração, dependem de concessão, autorização ou permissão estatal.

Exatamente em decorrência de sua importância na geração e circulação de riquezas no Brasil, o Estado, ou mais precisamente sua personificação administrativa, isto é, a Administração Pública<sup>1</sup>, também figura como parte de inúmeras relações jurídicas e/ou contratos de elevado valor e extrema complexidade legal. Isso vem levando a própria Administração a propor ou acolher a eleição da arbitragem como mecanismo de solução dos conflitos oriundos de suas relações negociais.

Apesar de a jurisprudência registrar antigos precedentes esparsos sobre a matéria, somente nos últimos anos os tribunais vêm analisando de forma mais consistente o tema e, ainda assim, de forma bastante restrita à arbitragem entre sociedades de economia mista e particulares. A saída encontrada pela jurisprudência mais atual para se posicionar em favor da arbitrabilidade dos conflitos entre as sociedades de economia mista e particulares foi recorrer à construção doutrinária da teoria dos interesses públicos primários e interesses públicos secundários<sup>2</sup>, segundo a qual seriam da segunda espécie os interesses patrimoniais da Administração, os quais, por serem disponíveis, seriam suscetíveis de discussão na via arbitral<sup>3</sup>. Porém, não se sabe ainda como os tribunais, especialmente, os superiores, se pronunciarão quando a eles forem levadas controvérsias sobre o cabimento de arbitragens, notadamente internacionais, envolvendo particulares, organismos multilaterais de crédito ou outros Estados, por exemplo, e, de outro lado, a Administração direta federal, dos estados ou dos municípios. Quais serão os critérios para diferenciação das questões passíveis de solução por arbitragem daquelas que somente podem ser resolvidas pelos tribunais brasileiros? A sujeição de determinadas controvérsias à arbitragem violará a ordem pública? Será que bastará aos tribunais diferenciar o interesse público primário e secundário para que se reconheçam os casos passíveis de solução pela via arbitral?

Muito provavelmente, essas questões mais sensíveis surgirão quando sentenças arbitrais estrangeiras forem submetidas ao processo de homologação para sua

---

<sup>1</sup> JUSTEN FILHO, Marçal, Curso de Direito Administrativo, Editora Saraiva, São Paulo, 2005, na página 90.

<sup>2</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio, Curso de Direito Administrativo Brasileiro, 15ª Edição Malheiros Editores, São Paulo, pgs. 56/57.

<sup>3</sup> Nesse sentido, o acórdão da 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Agravo Regimental no Mandado de Segurança nº 11.308/DF, Relator Ministro Luiz Fux, julgado em 28 de junho de 2006.

execução no Brasil. Daí me parecer bastante interessante tentar oferecer respostas às indagações colocadas acima com fundamento na interpretação das normas que regem o processo de homologação de sentença estrangeira, cuja competência, por força da Emenda Constitucional nº 45/2004, foi atribuída ao Superior Tribunal de Justiça.

Responder às questões suscitadas acima depende da melhor compreensão possível sobre as normas que regem o processo de homologação de sentença arbitral estrangeira, as quais sofreram grande evolução desde que foram regulamentadas pela primeira vez. Por conseguinte, antes de enfrentar as questões colocadas, apresento uma síntese dessa evolução.

## **1. Antecedentes Históricos**

Apesar de muito pouco utilizado e discutido até a última década do século passado, o processo de homologação de sentenças arbitrais estrangeiras possui regulamentação em nosso ordenamento desde o longínquo ano de 1878, quando editado o Decreto nº 6.892. Ainda no século XIX, o artigo 12 da Lei nº 221, de 1894, também assegurava ao interessado a possibilidade de requerer “a homologação de sentenças arbitrais homologadas por tribunais estrangeiros”<sup>4</sup>.

Ao longo das diversas Constituições Brasileiras, a competência para a homologação de sentenças estrangeiras foi tradicionalmente atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Até o advento da Lei nº 9.307/96, a jurisprudência do Supremo exigia que o interessado percorresse um longo e penoso caminho para homologação um laudo arbitral estrangeiro em nosso país. Essa jurisprudência não reconhecia a validade pura e simples do laudo arbitral proferido no exterior e entendia que o interessado deveria obter primeiramente a homologação do laudo arbitral no país em que o mesmo havia sido proferido. Munido da sentença homologatória proferida no país de origem, o interessado estaria então apto a requerer a homologação dessa sentença perante o Supremo Tribunal Federal. Segundo José Maria Rossani Garcez<sup>5</sup>, essa jurisprudência se originou da equivocada interpretação que a doutrina então vigente emprestou às disposições do artigo

---

<sup>4</sup> GARCEZ, José Maria Rossani. *Negociação. ADRS. Mediação. Conciliação e Arbitragem*, 2ª edição revista e ampliada, Editora Lume Juris, Rio de Janeiro, 2003, página 193.

<sup>5</sup> GARCEZ, José Maria Rossani, *op. cit.*, p. 193.

13 do Decreto nº 6.892/1878 e do artigo 12 da Lei nº 221/1894, que faziam alusão à “homologação das sentenças arbitrais homologadas por tribunais estrangeiros”. Para os doutrinadores de então, somente seriam passíveis de homologação as sentenças oriundas de tribunais estatais estrangeiros. Apesar de equivocado, esse entendimento prevaleceu mesmo após a revogação do Decreto nº 6.892/1878 e da Lei nº 221/1894.

A jurisprudência cristalizada no Supremo Tribunal Federal tornava o processo de homologação extremamente lento, pois, se o vencido fosse brasileiro, o vencedor era obrigado a citá-lo por rogatória para responder ao processo de homologação do laudo arbitral estrangeiro no exterior, sob pena de que a homologação da sentença homologatória estrangeira fosse rejeitada no Brasil com fundamento na violação dos princípios da ampla defesa e do devido processo legal. E havia ainda um outro problema muito mais grave que, em alguns casos, tornava impossível o reconhecimento da validade do laudo arbitral estrangeiro: nos países que emprestavam força de sentença ao laudo arbitral proferido em seus territórios, não havia procedimento cabível para a homologação da sentença arbitral<sup>6</sup>.

Em boa hora, a Lei nº 9.307/96 tornou absolutamente dispensável esse tortuoso caminho em busca da homologação do laudo arbitral estrangeiro em nosso país equiparando-o à sentença judicial por força de seu artigo 18. E, para que não restassem quaisquer dúvidas de que o penoso processo de dupla homologação estava sepultado de uma vez por todas, o artigo 35 da mesma lei expressamente dispõe que “para ser reconhecida ou executada no Brasil, a sentença arbitral estrangeira está sujeita, unicamente, à homologação do Supremo Tribunal Federal”. Como ensina Carlos Alberto Carmona<sup>7</sup>, o legislador “adotou a tese de que cabe à ordem jurídica pátria estabelecer o que seja sentença estrangeira para efeito de homologação no fórum: por isso mesmo, determinou que, à semelhança do direito nacional, os laudos proferidos no exterior terão a mesma eficácia das sentenças estatais, merecendo exame direto na Suprema Corte para efeito de reconhecimento de sua eficácia no território nacional, independentemente da qualificação que lhes seja dada pela lei do Estado em que foram proferidas as decisões”. Ou seja, mesmo que a lei do Estado de origem não equipare o laudo arbitral às “sentenças”, a partir da edição da Lei nº 9.307/96, o interessado poderá requerer

---

<sup>6</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Temas de Direito Processual, 5ª Série, Editora Saraiva, São Paulo, 1994, p. 282.

<sup>7</sup> CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Processo, 2ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, p. 353.

diretamente sua homologação no Brasil, pois o artigo 18 dessa lei combinado com o inciso VI do artigo 584 do Código de Processo Civil, com a nova redação dada pela Lei nº 10.358, de 27 de dezembro de 2001, equipararam os laudos arbitrais às sentenças proferidas pelos órgãos do Poder Judiciário.

Antes da promulgação da Lei nº 9.307/96, o processo de homologação da sentença arbitral estrangeira era regido basicamente pelo Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, que possui força de lei e ao qual o parágrafo único do artigo 483 do Código de Processo Civil expressamente remetia as partes. As normas sobre a homologação de sentença estrangeira localizavam-se no Capítulo II do Título VIII do Regimento Interno do Supremo, intitulados respectivamente “Da Homologação de Sentença Arbitral Estrangeira” e “Dos Processos Oriundos de Estados Estrangeiros”. Basicamente, essas normas dispunham sobre os requisitos indispensáveis à homologação da sentença estrangeira (artigos 215, 216 e 217), os requisitos essenciais da petição inicial do requerimento de homologação (artigos 218 e 219), a resposta do requerido (artigos 220 e 221), competência para decidir sobre o requerimento de homologação (artigos 222 e 223) e finalmente a execução da decisão homologatória (artigo 224).

O Regimento Interno do Supremo já estabelecia hipóteses bastante restritivas de contestação ao pedido de homologação da sentença estrangeira, valendo destacá-las: ofensa à soberania nacional, ordem pública ou bons costumes; prolação por juiz incompetente; citação irregular ou inexistência de citação; ausência de trânsito em julgado e/ou das formalidades necessárias à execução no lugar em que foi proferida; falta de autenticação pelo cônsul brasileiro e/ou de tradução oficial.

A Lei nº 9.307/96 trouxe muitas inovações ao processo de homologação de sentenças arbitrais estrangeiras, embora seu artigo 36 tenha ressalvado que as normas dos artigos 483 e 484 do Código de Processo Civil e, por via de consequência, as normas do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal seriam igualmente aplicáveis ao referido processo no que não contrariassem as disposições da nova lei.

À primeira vista, os artigos 38 e 39 da Lei nº 9.307/96 parecem ter aumentado as hipóteses de rejeição do pedido de homologação da sentença arbitral previstas nos artigos 216 e 217 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Todavia, uma análise mais atenta dos artigos da nova lei revela que a intenção do legislador foi reduzir ao máximo tais hipóteses, tentando eliminar as incertezas interpretativas que pudessem

dar margem às alegações protelatórias do vencido para evitar a homologação da sentença arbitral estrangeira. Em primeiro lugar, o *caput* do artigo 38 da nova lei ressalta que as hipóteses de denegação do pedido de homologação são taxativas e sintomaticamente inicia sua oração principal com a expressão “Somente poderá ser negada a homologação para o reconhecimento ou execução da sentença arbitral...”. O mesmo *caput* do artigo 38 também deixa claro que as hipóteses de denegação da sentença arbitral dependem de alegação do réu, não podendo ser conhecidas de ofício pelo órgão judicial encarregado do exame de homologação.

O artigo 39 estabelece as hipóteses de denegação da homologação da sentença arbitral estrangeira que poderão ser conhecidas de ofício pelo órgão judicial responsável pelo julgamento do pedido de homologação. Essas hipóteses são a do litígio que não é suscetível de resolução por arbitragem segundo a lei brasileira e a da decisão que ofender a ordem pública nacional.

Carlos Alberto Carmona<sup>8</sup> ressalta que as hipóteses de denegação do pedido de homologação da sentença arbitral previstos nos artigos 38 e 39 da Lei nº 9.307/96 são exatamente as mesmas que se encontram dispostas no artigo V da Convenção de Nova Iorque, a qual dispõe sobre o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras. Como essa convenção não havia sido ainda ratificada pelo Brasil à época em que o projeto que originou a Lei nº 9.307/96 tramitava no Congresso Nacional, mas, como se entendia que seria importante adequar nosso ordenamento aos mais modernos do mundo, o legislador acabou se inspirando no diploma internacional pendente de ratificação para instituir as hipóteses restritivas de denegação do pedido de homologação constantes dos artigos 38 e 39 da nova lei.

Por meio do Decreto nº 4.311/2002, foram introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro as regras sobre homologação de sentenças arbitrais estrangeiras da Convenção de Nova Iorque, as quais revogaram as normas da Lei nº 9.307/96 sobre o tema. Isso porque, como reconhecido pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o tratado internacional introduzido no ordenamento jurídico brasileiro modifica a legislação nacional que lhe é anterior<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> Op. cit., p. 367.

<sup>9</sup> Nesse sentido, confira-se o acórdão proferido pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, relatado pelo Ministro Ricardo Lewandowski, no julgamento do Hábeas Corpus nº 88.420-2/PR.

A modificação de competência para julgamento dos pedidos de homologação de sentença estrangeira determinada pela Emenda Constitucional nº 45/04 obrigou a Presidência do Superior Tribunal de Justiça a editar provisoriamente uma resolução (Resolução nº 09/05) para orientar o tribunal no processamento de tais pedidos perante aquela Corte. Essa resolução não tem força de lei e, quanto aos requisitos necessários à homologação de sentença arbitral estrangeira, só pode ser interpretada como mera orientação aos membros do próprio tribunal. Aliás, os dispositivos da resolução que tratam desses requisitos se limitam a repetir aquilo que está prescrito na Convenção de Nova Iorque, razão pela qual será desnecessário abordar tal resolução na análise feita a seguir.

## **2. Os Requisitos Objetivos para Homologação da Sentença Arbitral Estrangeira Decorrente de Arbitragem com a Administração Pública Direta**

Como o próprio Superior Tribunal de Justiça já se posicionou favoravelmente à adoção da arbitragem para a resolução de conflitos envolvendo as sociedades de economia mista<sup>10</sup>, é muito provável que seus ministros não venham a levantar óbices à homologação de sentença arbitral envolvendo esses entes com fundamento em alegada impossibilidade de solução arbitral de seus conflitos ou de ofensa à ordem pública nacional. Esta é a razão pela qual esta análise se voltará apenas aos critérios para homologação da sentença arbitral estrangeira oriunda de conflitos envolvendo a Administração Pública direta de qualquer ente federativo brasileiro.

Segundo José Maria Rossani Garcez<sup>11</sup>, o processo de homologação de sentenças arbitrais estrangeiras em nosso país segue o modelo italiano do juízo de delibação (“giudizio di delibazione”), mas, conforme ensina Barbosa Moreira, é muito mais rigoroso que o modelo que o inspirou porque só permite ao tribunal responsável pela homologação examinar os aspectos formais da decisão a ser homologada e verificar se a mesma não conflita com a ordem pública, sem que se adentre na discussão sobre a boa ou má qualidade do mérito de tal decisão<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> Vide precedente já citado na nota 3 acima.

<sup>11</sup> GARCEZ José Maria Rossani, op. cit., p.194.

<sup>12</sup> BARBOSA MOREIRA, op. cit., p. 247.

No julgamento da SEC 5778/Estados Unidos da América, o voto do Ministro Celso de Mello<sup>13</sup> resumiu com precisão o objetivo do processo de homologação de sentenças estrangeiras: “A ação de homologação destina-se, a partir da verificação de determinados requisitos fixados pelo ordenamento positivo nacional, a propiciar o reconhecimento de decisões estrangeiras pelo Estado brasileiro, com o objetivo de viabilizar a produção dos efeitos jurídicos que são inerentes a esses atos de conteúdo sentencial”. A mesma decisão traça os limites do juízo de delibação do órgão judicial responsável pela homologação da sentença estrangeira: “O sistema de controle limitado que foi instituído pelo direito brasileiro em tema de homologação de sentença estrangeira não permite que o Supremo Tribunal Federal, atuando como tribunal do foro, proceda, no que se refere ao ato sentencial formado no exterior, ao exame da matéria de fundo ou à apreciação de questões pertinentes ao *meritum causae*, ressalvada, tão-somente, para efeito do juízo de delibação que lhe compete, a análise dos aspectos concernentes à soberania nacional, à ordem pública e aos bons costumes.”

Barbosa Moreira anota que o conceito de soberania nacional está inserido no de ordem pública<sup>14</sup>. E entendo que o mesmo se pode dizer em relação à outra possível causa objetiva de recusa à homologação da sentença arbitral estrangeira mencionada na alínea “a” do item 2 do artigo V da Convenção de Nova Iorque, qual seja, a constatação de que se trata de uma divergência que “não é passível de solução mediante arbitragem”, na dicção da própria convenção. É que, no Brasil, por força do artigo 1º da Lei nº 9.307/96, não são suscetíveis de resolução pela via arbitral as controvérsias sobre direitos indisponíveis. Assim, obviamente violaria a ordem pública brasileira, uma sentença arbitral que decidisse litígio sobre direitos indisponíveis, os quais, como ensina Carmona, “resguardam interesses fundamentais da coletividade”<sup>15</sup>.

Diante disso, resta saber se feriria a ordem pública brasileira a sentença arbitral que decidisse um litígio entre particular ou organismo público estrangeiro e a administração pública direta brasileira. Em primeiro lugar, é necessário ressaltar que, como ensina Arnold Wald<sup>16</sup>, a confrontação entre a sentença arbitral estrangeira e a ordem pública não deve levar em consideração todo o ordenamento jurídico do país no qual se requer a

---

<sup>13</sup> Publicado na “Revista de Arbitragem e Mediação”, Ano 2, Volume 5 (abril-junho de 2005), Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2005, nas páginas 184/188.

<sup>14</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos, ob. cit., p. 159.

<sup>15</sup> CARMONA, Carlos Alberto, op. cit., p. 56.

<sup>16</sup> WALD, Arnold. Revista de Arbitragem e Mediação, Ano 3, Volume 8 (janeiro-março de 2006), Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2006, p. 10.

homologação da decisão estrangeira, mas tão-somente “os princípios essenciais da ordem jurídica do foro”, sejam eles jurídicos, morais, religiosos, ou até econômicos e políticos”. Trata-se de conceber a ordem pública no plano internacional, levando em consideração apenas seus valores essenciais, políticas públicas e direitos essenciais do homem constitucionalmente garantidos ou decorrentes de tratados internacionais”<sup>17</sup>.

Isso afasta, de plano, a alegação de que a supremacia do interesse público impediria a resolução por arbitragem dos conflitos entre a administração direta e os particulares. É que a expressão “supremacia do interesse público” representa uma fórmula vazia, já que não existe apenas um único interesse público, mas diversos interesses públicos, todos calcados na supremacia e indisponibilidade dos direitos fundamentais<sup>18</sup>. Por conseguinte, não existiria um “interesse público prévio ao direito ou anterior à atividade decisória da administração pública. Uma decisão produzida por meio de procedimento satisfatório e com respeito aos direitos fundamentais e aos interesses legítimos poderá ser reputada como traduzindo ‘o *interesse público*’. Mas não se legitimará mediante a invocação a esse ‘interesse público’, e sim porque compatível com os direitos fundamentais”<sup>19</sup>.

Seguindo essa lógica, a análise da sentença arbitral estrangeira à luz do princípio do respeito à ordem pública, no curso do processo de homologação perante o STJ, deverá se voltar fundamentalmente para o conteúdo dessa sentença arbitral, verificando se este se compatibiliza com os direitos fundamentais reconhecidos pela ordem jurídica nacional e por tratados internacionais acolhidos por esta. Jamais se poderá rejeitar a homologação com amparo na qualidade dos entes litigantes (i.e, se entes privados ou públicos) ou na natureza dos direitos em discussão. O importante é a compatibilidade do resultado da arbitragem com os direitos fundamentais protegidos pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Essa é a única postura que se compatibiliza com a instrumentalidade que se deseja do direito processual contemporâneo, preocupado com a produção de resultados justos.

---

<sup>17</sup> Wald, Arnold, op. cit., p. 10.

<sup>18</sup> JUSTEN FILHO, Marçal, op. cit., p. 45.

<sup>19</sup> JUSTEN FILHO, Marçal, op. cit., p. 45.

Nessa linha, é importante se afastar também a idéia bastante difundida de que a administração pública somente poderia participar de arbitragem se previamente autorizada por lei. O artigo 1º da Lei de Arbitragem autorizou expressamente toda e qualquer pessoa capaz de contratar a dirimir litígios sobre direitos patrimoniais por arbitragem e dessa categoria não se exclui a administração pública <sup>20</sup>.

Em outras palavras, não se pode descartar de antemão a arbitragem como um dos mecanismos de acesso à ordem jurídica justa em litígios envolvendo a administração pública. Ela só não poderá ser empregada para esse fim quando resultar em violação a direitos fundamentais protegidos pelo ordenamento jurídico nacional.

### **3. Conclusão**

O processo de homologação de sentença arbitral estrangeira se destina basicamente ao exame de eventuais violações à ordem pública nacional, representada pelos valores fundamentais de nosso povo. E a arbitragem é um mecanismo de solução de conflitos que, ao lado do processo tradicional, costuma produzir resultados justos, compatíveis com esse conceito de ordem pública. Daí que, em homenagem ao princípio do acesso à ordem jurídica justa, o exame das sentenças arbitrais estrangeiras envolvendo a administração pública nacional, no processo de homologação, deve ter mais em conta a justiça substancial propiciada por tais sentenças (i.e, a compatibilidade com os direitos fundamentais protegidos) do que a técnica (arbitragem) empregada para a produção delas (as sentenças).

### **BIBLIOGRAFIA**

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio, Curso de Direito Administrativo Brasileiro, 15ª Edição Malheiros Editores, São Paulo.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Temas de Direito Processual, 5ª Série, Editora Saraiva, São Paulo, 1994.

---

<sup>20</sup> ZIMMERMANN, Dennys, Alguns Aspectos sobre a Arbitragem nos Contratos Administrativos à Luz dos Princípios da Eficiência e do Acesso à Justiça: Por uma Nova Concepção do que Seja Interesse Público, Revista de Arbitragem e Mediação, Ano 4, Volume 12 (janeiro – março de 2007), Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, ps. 83/84.

- CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Processo, 2ª edição, Editora Saraiva, São Paulo.
- GARCEZ, José Maria Rossani. Negociação. ADRS. Mediação. Conciliação e Arbitragem, 2ª edição revista e ampliada, Editora Lume Juris, Rio de Janeiro, 2003.
- JUSTEN FILHO, Marçal, Curso de Direito Administrativo, Editora Saraiva, São Paulo, 2005.
- WALD, Arnold. Revista de Arbitragem e Mediação, Ano 3, Volume 8 (janeiro-março de 2006), Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2006.
- ZIMMERMANN, Dennys, Alguns Aspectos sobre a Arbitragem nos Contratos Administrativos à Luz dos Princípios da Eficiência e do Acesso à Justiça: Por uma Nova Concepção do que Seja Interesse Público, Revista de Arbitragem e Mediação, Ano 4, Volume 12 (janeiro – março de 2007), Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, ps. 83/84.

## **A ARBITRAGEM NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO**

**Felippe Borrying Rocha**

*Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro. Doutorando em Direito. Mestre em Direito. Professor de graduação em Direito na Universidade Estácio de Sá. Professor de pós-graduação em Direito na Universidade Estácio de Sá, na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro e na Fundação Escola Superior da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. Professor dos cursos preparatórios para concurso da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, da Fundação Escola Superior da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro e da Associação do Ministério Público do Rio de Janeiro. Autor dos livros Teoria Geral dos Recursos Cíveis, Juizados Especiais Cíveis: Aspectos Polêmicos da Lei n.º 9.099, de 26/9/95, Justiça Federal no Estado do Rio de Janeiro e Juizados Especiais Cíveis e Criminais (Legislação). Co-Autor dos livros a Nova Reforma do CPC e Licenciamento Ambiental no Estado do Rio de Janeiro.*

**Juliana Furtado Cardoso de Moraes**

*Aluna do 10º período do Curso de Direito da Universidade Estácio de Sá, Campus Jacarepaguá*

SUMÁRIO: Introdução; O acesso à Justiça; A arbitragem no Brasil; Os aspectos gerais da Lei 9.307/96; A arbitragem nos contratos administrativos; Conclusões; Referências.

### **Introdução**

A necessidade de atendimento mais eficaz do serviço público, notadamente em atividades que envolvem investimentos de grande monta, fez com que o Estado buscasse cada vez mais a cooperação com as empresas privadas, ou consórcio de empresas,

navionais ou estrangeiras, através de contratos administrativos. Para tanto, foram promulgadas as Leis 8.666/93, 8.987/95 e 11.079/2004, regulamentando, respectivamente, os contratos administrativos, a concessão de serviço público e as parcerias público-privadas.

Ocorre que nestes diplomas legais há a determinação de que a Administração deva buscar, sempre que possível, a solução amigável dos conflitos de interesse com a concessionária. Por outro lado, na Lei de Arbitragem, existe restrição quanto à sua utilização quando se tratar de direitos indisponíveis. Assim, instaurou-se uma polêmica na doutrina e na jurisprudência, no sentido de se questionar sobre a capacidade do Estado participar de uma arbitragem, diante da ocorrência de um conflito com uma concessionária. Eis o ponto central do presente texto.

Antes de firmar uma posição sobre o tema, entretanto, é necessário contextualizá-lo dentro do ideário do acesso à Justiça.

## **1. O Acesso à Justiça**

O ordenamento jurídico de cada Estado é fortemente marcado pelas raízes culturais de seu povo e dos processos históricos pelos quais passaram. Por isso, nos Estados que tiveram influencia substancial dos povos latinos é comum verificar, nos seus sistemas jurídicos, uma forte intervenção nas relações sociais. Essa presença, que oscilou ao longo do tempo, teve seu apogeu nos períodos que circunscreveram as duas grandes guerras, especialmente, no continente Europeu, onde as opções políticas vigentes criaram um terreno propício ao intervencionismo estatal.

Na segunda metade do século passado, no entanto, teve início um processo gradativo de alteração da concepção do papel que o Estado deve desempenhar dentro da sociedade. Esse movimento foi impulsionando não apenas novas posturas políticas que foram adotadas, mas principalmente, pelas novas estruturas dinâmicas de relacionamento que se instauraram no mundo e que podem ser identificadas pelo rótulo genérico intitulado de globalização.<sup>1</sup> Com efeito, a formação de blocos econômicos, o incremento na

---

<sup>1</sup> A globalização pode ser definida como “un proceso de difusión de ideas, valores, formas de producción y de comercio, procesos y productos, diseños organizativos y formas de conducta, através de las fronteras

velocidade das comunicações e do comércio, o deslocamento de pessoas e o avanço tecnológico fizeram com que ao Estado e o próprio Direito tivessem que passar por profundas transformações.

Deste modo, tornou-se imperioso, para que o Estado pudesse preservar a sua autoridade, a adoção de mecanismos mais céleres e eficazes de atendimento dos anseios sociais. Dentre as medidas que foram buscadas para solucionar esta crise epistemológica, merece destaque a vertente teórica que se dedicou a estudar os mecanismos de otimização do acesso à Justiça.

Na realidade, desde os primórdios da civilização é possível identificar movimentos tendentes a aproximar a população das normas que devem recair suas condutas em sociedade. Os primeiros códigos estruturados, como o de Hammurabi e o de Manu, serviram, a seu tempo, para tal propósito. Mas foi ao longo do século XX que este movimento ganhou força como instrumento de disciplina e participação social, voltado a construir o que Kazuo Watanabe identificou como ordem jurídica justa.<sup>2</sup> A base estrutural moderna deste movimento foi pesquisa coordenada pelo professor Mauro Cappelletti, nominado de Projeto Florença de acesso à Justiça.<sup>3</sup>

No decorrer dos estudos, concluídos nos EUA com a colaboração de diversos cientistas, Cappelletti<sup>4</sup> organizou em três blocos os desafios que o direito deveria enfrentar e superar para poder atingir os fins sociais. Para cada grupo foi concebida uma onda renovatória com o objetivo de superar estes obstáculos. A primeira onda renovatória do Direito centrou suas atenções na superação dos obstáculos econômicos e financeiros para o acesso a justiça. Com efeito, de nada adiantaria construir todo um arcabouço jurídico adequado à tutela dos direitos e garantias fundamentais se o seu exercício tivesse que ficar submetido as condições econômicas de seus titulares. Num primeiro momento há implementação de isenção de taxas e custas para deflagração da demanda em juízo. Num segundo plano, Cappelletti<sup>5</sup> defendeu a liberação do pagamento de honorários advocatícios para quem não tivesse recursos para custeá-los. Tal se daria ou pelo sistema

---

nacionales, conduciendo a una creciente articulación e interdependencia de todas las sociedades nacionales” (Luciano Tomassini, *La Inserción de América Latina en el Proceso de Globalización*, in Clóvis Brigadão (org.), *Globalização na América Latina: integração solidária*. p. 15).

<sup>2</sup> WATANABE, Kazuo. *Acesso à justiça e sociedade moderna*. In. GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 128.

<sup>3</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Sérgio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre/1988. Reimpresso/2002. p. 31.

<sup>4</sup> *Idem*, p. 31.

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 49 e ss.

de advocacia pública ou pelo sistema *judicare*, onde o advogado privado defende a pessoa juridicamente necessitada e depois pode cobrar a remuneração do governo.

O Brasil é reconhecido internacionalmente pelo seu desempenho no enfrentamento das barreiras econômicas ao acesso à justiça, visto que foi um dos primeiros países do mundo a ter uma lei nacional de gratuidade, qual seja Lei 1.060/50<sup>6</sup>.

Importante ressaltar que o Brasil também se destacou com a instituição dos Juizados Especiais Cíveis, regido pela Lei 9.099/95<sup>7</sup>, que é um órgão jurisdicional cuja atuação, num primeiro momento, é feita sem custos para as partes. Ademais, o País também foi pioneiro na implementação de órgãos voltados ao atendimento de partes em condições especiais, tais como o Idoso (Lei 10.741/03), a criança e o adolescente (Lei nº 8.069/90), dentre outras, e das populações carentes. De fato, as Defensorias Públicas desempenharam papel fundamental, não apenas permitindo o acesso desonerado aos tribunais, mas também o acesso à informação jurídica e à solução compositiva de conflitos (Lei Complementar 80/94).

A segunda onda renovatória foi marcada pela implementação da tutela dos interesses e direitos coletivos “*lato sensu*”, representando, de um lado, a ruptura com os modelos liberais-individualistas que estruturaram os ordenamentos jurídicos construídos após o período das Revoluções Burguesas, e, por outro lado, a adequação da tutela jurisdicional à nova realidade social, dominada pelos conflitos de massa, fortemente vinculadas aos contornos políticos, econômicos e sociais vigentes. Neste seguimento, Cappelletti<sup>8</sup> sustentou a criação de ações especificamente voltadas a atender os interesses coletivos, titularizadas por legitimados extraordinários e com eficácia para os outros, que não apenas as partes do processo (*erga omnes*).

Mais uma vez, o Brasil foi saudado como um dos mais bem sucedidos precursores de tais medidas. Com efeito, o país dispõe hoje de um invejável arsenal de ações de cunho coletivo<sup>9</sup>, bem como de amplo rol de legitimados extraordinários, donde se destaca o Ministério Público, a Defensoria Pública e as associações civis.<sup>10</sup> O Brasil

---

<sup>6</sup> Sobre o tema, veja-se a obra de Augusto Tavares Rosa Marcacini, *Assistência Jurídica, Assistência Judiciária e Justiça Gratuita*, Forense, Rio de Janeiro, 1996.

<sup>7</sup> Sobre o tema, confira a obra de Felipe Borring Rocha, *Juizados Especiais Cíveis: Aspectos Polêmicos da Lei n.º 9.099, de 26/9/95*, 4.ª Ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

<sup>8</sup> CAPPELLETTI, Mauro e outro. *Acesso à Justiça*, p. 49 e ss.

<sup>9</sup> Tome-se, por exemplo, a Lei da Ação Civil Pública, do Idoso, da Criança e Adolescente, da Ação Popular, do Usucapião Coletivo etc.

<sup>10</sup> Art. 5º da Lei 7.347/85.

caminha, ainda, para um novo patamar jurídico, com a futura adoção de um Código de Processo Coletivo,<sup>11</sup> que permitirá unificar as regras sobre tais ações, hoje dispersas em vários diplomas, bem como superar as divergências decorrentes da falta de compatibilidade destes instrumentos com a ordenação processual civil em vigor, fundamentalmente individualista.

Por fim, a terceira onda renovatória do Direito apregoava a busca pela efetividade do direito, com a adoção de diversas posturas, tanto de ordem jurídica como sociológica. Assim, para que o Direito possa realizar seus fins sociais de maneira mais justa, equânime e razoável, é preciso difundir o conhecimento jurídico, aproximar a população do Poder Judiciário (não apenas em grau de sujeição, mas, principalmente, de cooperação e interação), descentralizar os órgãos jurisdicionais, criar procedimentos mais céleres e informais, incrementar o uso de tutelas diferenciadas, ressaltando o aspecto instrumental do processo e sua veiculação com o direito material, dentre outros.

Neste diapasão, Cappelletti<sup>12</sup> atribui especial atenção aos chamados meios alternativos de solução dos litígios. São eles procedimentos extrajudiciais que têm como meta conduzir as partes a uma solução negociada da lide, sem a necessidade da intervenção Estatal.

De uma maneira geral, os meios auto-compositivos podem ser divididos em três grupos: conciliação, mediação e arbitragem. Nestes, verifica-se a presença de um terceiro desinteressado coordenando a composição. Na conciliação, o conciliador tem a missão primordial de incentivar os contetores de chegarem a uma solução. Na mediação, o mediador apresenta uma solução para ser a adotada pelos interessados.<sup>13</sup> E na arbitragem, as partes escolhem árbitros para solucionar o conflito.

Neste diapasão, inegável reconhecer que os meios auto-compositivos estão intimamente ligados à efetividade do Direito, na medida em que evitam que o Estado-Juiz tenha que intervir em conflitos, nos quais as partes poderiam resolver autonomamente, se devidamente orientados. Neste sentido, verifica-se a aplicação da diretriz que Giuseppe

---

<sup>11</sup> A íntegra do referido anteprojeto se encontra no sítio do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Sobre o tema, veja a obra de Ada Pellegrini Grinover e outros nominada *Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

<sup>12</sup> CAPPELLETTI, Mauro e outro. *Acesso à Justiça*, p. 49 e ss.

<sup>13</sup> O Brasil encontra-se em via de adotar uma legislação específica sobre mediação e outro meios de pacificação. A íntegra deste anteprojeto se encontra no sítio do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Sobre o tema, veja a obra de coordenada por Humberto Dalla Bernardina de Pinho, *Teoria Geral da Mediação à Luz do Projeto de Lei e do Direito Comparado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

Tarzia nominou de subsidiariedade estatal, ou seja, a busca pela intervenção mínima do Estado-Juiz nas relações sociais.<sup>14</sup>

Por certo, se a Justiça concentrar sua atuação em lides onde sua presença é indispensável poderá lograr melhores resultados em seus julgamentos. Não obstante, com os meios alternativos de composição de conflitos evita-se, ou pelo menos se diminui, a carga de trabalho dos tribunais, além de promover uma solução mais adequada e legítima, fruto da vontade dos interessados, por meio de um procedimento pautado na autonomia da vontade, na tecnicidade e na discricção.

No Brasil, como dito anteriormente, a tradição cultural-jurídica dos povos ibéricos, que serviram de base para a formação do seu tecido social, essencialmente pautada na intervenção estatal, contribuiu significativamente para a demora na consolidação dos meios alternativos de solução de conflitos. Certamente, o passo mais importante neste sentido foi a promulgação da Lei 9307/96, visto que este diploma, considerado um dos mais modernos no mundo, regulou a forma como se deve ser realizada a arbitragem contratual.

## **2. A Arbitragem no Brasil**

Como dito, a arbitragem é o meio alternativo de solucionar os conflitos surgidos entre partes dentro de um contrato que tenha cláusula arbitral, ou, após o surgimento da questão controvertida, pelo compromisso arbitral, constando, como obrigação das partes, a indicação de um terceiro, ou mais de um, para desempenhar o papel de árbitro.<sup>15</sup>

Cabe destacar que a arbitragem não é instituto novo no Direito brasileiro, pois, desde a Constituição Imperial de 1824 (art. 49, 3), esteve presente no ordenamento jurídico pátrio, recebendo a denominação de juízo arbitral ou compromisso. Entretanto, a pouca utilização da via arbitral deveu-se ao fato de não oferecer garantia jurídica e ser burocratizada em sua forma de utilização. Para tanto, basta lembrar que não outorgava obrigatoriedade de cumprimento à cláusula contratual que previa a arbitragem, do mesmo modo que a decisão arbitral precisava ser homologada por um juiz.

---

<sup>14</sup> TARZIA, Giuseppe. *Lineamenti del processo civile di cognizione*. 2.ª ed., Milão: Giuffrè, 2002, p. 4.

<sup>15</sup> Por todos, confira-se Alexandre Freitas Câmara, *Arbitragem: Lei 9.307/96*. 2.º ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 12.

Em 1973, o atual Código de Processo Civil adotou um modelo de arbitragem judicial que foi um verdadeiro fracasso (art. 1072 a 1102). Em 1996, no entanto, este quadro foi profundamente alterado com a edição da Lei 9.307– Lei de Arbitragem, com o objetivo de retirar a arbitragem da esfera judicial (os artigos do CPC citados foram revogados) e lançá-lo como um instrumento da sociedade na solução de seus conflitos, por sua própria iniciativa das partes (art. 9º).<sup>16</sup>

Insta salientar que no início da vigência da Lei Arbitral houve relutância em se adotar a arbitragem em virtude de desconfianças, pois uma pessoa comum do povo e não um juiz resolveria o conflito, o que abriria caminho para fraudes e corrupções.

Por um lado, os adeptos da tese da inconstitucionalidade da legislação arbitral utilizaram o argumento de que estariam sendo violados diversos princípios constitucionais, tais como a inafastabilidade do controle judicial e o Acesso a Justiça (art. 5º, XXXV), o devido processo legal (art. 5º, LVI), a ampla defesa e a dupla instância de julgamento (art. 5º, LV), a proibição da criação de juízo ou tribunal de exceção (art. 5º, XXXVII) e, ainda, o juiz natural (art. 5º, LIII).

Estas questões foram alçadas ao Supremo Tribunal Federal, através da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade proposta pelo Conselho Federal da OAB em face da Lei 9.307/96 (ADI/3003), que teve o seu pedido de liminar indeferido pelo Pleno, afastando a tese da inconstitucionalidade da Lei de Arbitragem.

### **3. Os aspectos gerais da Lei 9307/96**

Superados as resistências iniciais, a arbitragem foi gradativamente ganhando força por suas características positivas. Dentre elas, destacam-se: a celeridade, a confidencialidade do processo arbitral, a definição pelos interessados das regras aplicáveis, a continuidade das atividades, a expertise dos árbitros, dentre outras.

Por outro lado, a Lei de Arbitragem no seu art. 18 teve como meta atribuir eficácia executiva ao laudo arbitral, equivalente à sentença judicial, independentemente de

---

<sup>16</sup> Continua a existir uma hipótese de aplicação da arbitragem no âmbito do Poder Judiciário, na seara dos Juizados Especiais Cíveis (art. 24 a 26 da Lei 9.099/95). Tal modelo, da mesma forma que o anterior, não tem sido utilizado.

posterior homologação. Neste sentido, incluiu a chamada “sentença arbitral” no rol dos títulos executivos extrajudiciais do Código de Processo Civil (art. 475-N, IV).

Com estas medidas, o legislador pátrio praticamente afastou a intervenção judicial do procedimento arbitral, que passou a ser desenvolvido na esfera privada, ressalvados os casos de resistência por parte dos interessados, na instituição da arbitragem, quando então a Lei prevê a ação judicial para deflagrar o procedimento (art. 7º).

No plano teórico, portanto, o controle judicial da arbitragem, até a sua conclusão, fica limitado à hipótese de um de seus interessados ingressar em juízo para discutir aspectos extrínsecos no objeto da arbitragem, tais como a ocorrência de vícios na manifestação de vontade, a atuação irregular do árbitro ou de seus assessores, a superveniência de questões relativas a direitos indisponíveis ou pelo risco de perecimento da coisa discutida (art. 25 e 32 da Lei Arbitral).

Importante lembrar, neste passo, que a discussão sobre o objeto da arbitragem fica obliterada subjetivamente pela regra do art. 301, IX, do CPC, que leva ao encerramento da demanda judicial, sem resolução do mérito, se uma das partes alegar, em sede de contestação, a existência de convenção de arbitragem sobre a questão deduzida em juízo.

Após a prolação da “sentença” arbitral, no entanto, o cumprimento de uma eventual obrigação nela contida fica, num primeiro momento, subordinada ao alvedrio da parte devedora. Se esta não cumprir voluntariamente a obrigação estipulada pode adotar três posturas: ajuizar ação declaratória de nulidade da “sentença” arbitral, nos termos do artigo 33 da lei arbitral ; ajuizar outra demanda que vise rever a própria arbitragem ou finalmente ficar inerte.

Ação declaratória de nulidade da ‘sentença” arbitral, por seu turno, tem como parâmetros os elementos elencados no art. 32 da Lei de Arbitragem, seguindo o procedimento comum. Ela deve ser proposta no prazo decadencial de 90 dias, contados da notificação de sua prolação. Tal demanda, se acolhida, acarretará na anulação da “sentença” arbitral, determinando ou não a prolação de novo laudo, de acordo com a natureza do vício declarado.

Diante da amplitude das situações descritas no art. 32 da Lei Arbitral, fica extremamente reduzido o campo de incidência de uma ação para revisão da arbitragem. Ainda assim, pode ocorrer uma série de situações relativas ao negócio jurídico que serviu de base para a arbitragem e que de alguma maneira influíram no seu julgamento. Tais questões, poderiam, em tese, levar ao oferecimento de uma demanda judicial, com reflexos para a arbitragem. É o que ocorre, por exemplo, se após a prolação da “sentença” arbitral as partes realizam uma repactuação do contrato e o credor insiste em receber o que foi estabelecido na “sentença” arbitral, apesar desta ter ficado prejudicada pela alteração.

Por fim, resta analisar a situação daquele que embora vinculado a uma obrigação reconhecida por “sentença” arbitral, tenha ficado inerte. Como já salientado, a sentença arbitral constitui título executivo judicial, o que lhe permite aparelhar uma ação de execução a ser movida perante o poder judiciário.

Necessário frisar que muito embora a nova disciplina processual tenha transformado a execução de título executivo em fase do processo de conhecimento, nos casos de “sentença” arbitral, da sentença penal condenatória e da sentença homologatória estrangeira, a execução é feita de forma autônoma (art. 475-N, parágrafo único, do CPC), ainda que sob a estrutura prevista nos art. 475-J e seguintes do CPC. Assim, cumprirá ao interessado, na condição de credor, promover a ação de execução, ou, antes, se necessária, a devida liquidação, nos moldes do artigo 475–A/H do CPC. Em ambos os procedimentos será oferecida a possibilidade do devedor se defender da pretensão, seja por meio de impugnação, no caso de execução, seja por contestação, em se tratando de liquidação.

Oportuno destacar que apesar de ser rotulado como título executivo judicial, é preciso reconhecer que a “sentença” arbitral não é dotada da chamada fase saneadora geral, qualidade exclusiva dos atos judiciais e que permitem que a decisão, uma vez transitada em julgado, atinja a estabilidade necessária para refutar novas discussões sobre a causa julgadas, ressalvadas às hipóteses legais. Com isso, tanto na contestação, como na impugnação à execução, como na eventual ação autônoma, poderá o interessado provocar a discussão sobre as questões anteriores á “sentença” arbitral, mitigando em certa conta o alcance das restrições contidas no artigo 475-G e 475-L, ambos do CPC.

Nestas oportunidades, no entanto, não poderá o interessado rediscutir o próprio objeto da arbitragem, pois, também, aqui é aplicável a restrição do art. 301, IX, do CPC.

Assim, qualquer controvérsia, conflito ou desentendimento que diga respeito a direitos de que as partes tenham a faculdade de dispor livremente, pode ser resolvida por arbitragem. Por exemplo, tudo que possa ser estabelecido em contrato, pode ser solucionado por arbitragem.

#### **4. A arbitragem nos contratos administrativos**

Primeiramente, vale destacar que o Estado, em sua forma clássica, destinava-se a organizar a sociedade, provendo-lhe os serviços essenciais, tais como segurança, comunicação, educação, saúde, saneamento, obras, dentre outros. Ocorre que, com a evolução da sociedade e a necessidade de atender a um número cada vez maior de interesses, com altos investimentos, tornou o Estado incapaz de, por si só, realizar todos os seus objetivos. Assim, o Estado transferiu para a esfera privada diversas de suas atribuições, passou a intervir de forma indireta no processo econômico e incrementou a atuação conjunta com a sociedade, notadamente por meio dos contratos administrativos. Neste diapasão, o Estado assumiu a função de agente propulsor do desenvolvimento econômico, atuando como contratante, em busca de resultados econômicos da atividade privada, para melhor atender os interesses sociais.<sup>17</sup>

Tais contratos celebrados são chamados genericamente de concessão,<sup>18</sup> pois ocorrem entre o Estado e as empresas privadas, para que estas executem atividades que deveriam ser realizadas pelo Estado, mas que este não consegue, em virtude de falta de recursos financeiros e tecnológicos. No entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>19</sup>, concessão:

---

<sup>17</sup> PIETRO, Maria Sylvia Zanillo di. *Parcerias na Administração Pública*. 4.ª ed., São Paulo: Atlas, 2002, p. 16.

<sup>18</sup> Importante lembrar que a legislação brasileira praticamente acabou com distinção existente entre, de um lado, a concessão e, de outro, a permissão e a parceria público-privada.

<sup>19</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1998.

*“é o instituto através do qual o Estado atribui o exercício de um serviço público a alguém que aceite prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se pela própria exploração do serviço, em geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço”.*

Neste sentido, a Lei 8.987/95, que regulamenta os contratos de concessão, definiu a concessão de serviços públicos como uma delegação de sua prestação feita pelo poder concedente mediante licitação na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco bem como por prazo determinado (art. 2.º, II).

Com o passar dos anos, o próprio Estado passou a inserir cláusulas compromissórias nos seus contratos de concessão, permitindo a utilização da arbitragem em caso de descumprimento por alguma das partes quanto a suas obrigações. Assim, surgiram divergências quanto à legalidade da utilização do instituto da arbitragem nos contratos de concessão. Parte da doutrina,<sup>20</sup> então, passou a defender que este método alternativo de solução de litígios não poderia ser utilizado na concessão, por se tratarem de contrato administrativo, direitos indisponíveis por natureza, insuscetíveis de submissão à arbitragem em consonância com o art. 1.º da Lei 9.307/96: *“As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.*

Vislumbra-se, portanto, que estão fora do âmbito de aplicação da arbitragem as questões sobre as quais as partes não podem efetuar transações, tais como, as referentes ao nome da pessoa, ao estado civil, aos impostos, aos delitos criminais etc. Enfim, não podem ser arbitradas as questões que estão fora da livre disposição das pessoas e que só podem ser resolvidas pelo Judiciário.

---

<sup>20</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 28.º ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 213.

Outra vertente,<sup>21</sup> no entanto, posicionou-se favoravelmente à aplicação da arbitragem nos contratos administrativos, argumentando que a arbitragem somente atuaria sobre o interesse público secundário, de cunho patrimonial e, portanto, disponível.<sup>22</sup> Em consonância com tal pensamento, José dos Santos Carvalho Filho<sup>23</sup> afirma que a arbitragem objetiva solucionar conflitos sobre direitos patrimoniais disponíveis, de modo que deve ser indicado um ou mais árbitros pelas partes interessadas na solução do litígio, o que é admitido em lei, sendo, portanto, legítimo que a Administração Pública utilize a arbitragem para solucionar controvérsias contratuais. O que não se pode admitir é a atuação dos árbitros no plano do interesse público primário, essencialmente indisponível. Este está afeto à Administração Pública e gira em torno das atividades finalísticas do Estado.

Não obstante, afirmam, ainda, os adeptos do entendimento favorável,<sup>24</sup> que a legislação administrativista seria compatível com a utilização da arbitragem nos contratos administrativos. Assim, por exemplo, tanto a Lei de Licitações (art. 79, II, da Lei 8.666/93)<sup>25</sup> como a Lei de Serviços Públicos (art. 23, XV, da Lei 8.987/95),<sup>26</sup> fazem referência à rescisão contratual amigável. Logo, estaria implicitamente reconhecida a possibilidade de utilização da via arbitral para discussões contratuais. Neste sentido, a Lei do Petróleo (Lei 9478/97), foi mais além e no seu art. 43, X, afirma expressamente que a solução das possíveis controvérsias oriundas dos contratos de exploração e de produção do petróleo serão feitas por arbitragem. O mesmo se diga em relação à lei que instituiu a ANATEL (art. 93, XV, da Lei 9.472/97) e a lei que regulamentou a concessão do transporte aquaviário (art. 35, XVI, da Lei 10.233/01).

Sendo assim, conclui-se que apesar das controvérsias acerca da aplicabilidade ou não da via arbitral nos contratos de concessão, prevalece o entendimento de que o instituto da arbitragem é vital para que os contratos de concessão entre o Estado e as

---

<sup>21</sup> PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Parcerias na Administração Pública*. 4.<sup>a</sup> ed., São Paulo: Atlas, 2002, p. 233.

<sup>22</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Arbitragem nos Contratos Administrativos*. in *Revista de Direito Administrativo*, 218/84, jul./set. de 1997.

<sup>23</sup> FILHO, José dos Santos Carvalho. *Direito Administrativo*. 8.<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 441.

<sup>24</sup> MAGALHÃES, José Carlos de. *Contratos com o Estado*. in *Revista Brasileira de Arbitragem*, nº 3- Jul - Set/2004, p. 35/39.

<sup>25</sup> Artigo 79, II da lei 8.666/93 dispõe que: “a rescisão do contrato poderá ser amigável, por acordo entre as partes, reduzida a termo no processo de licitação, desde que haja conveniência para a administração.”

<sup>26</sup> Art. 23, XV: “São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas ao foro e ao modo amigável de solução de divergências contratuais.”

empresas privadas prosperem, a contar com a celeridade de tal procedimento, o que acaba por evitar prejuízos para a sociedade, em homenagem ao princípio da supremacia do interesse público, bem como o da continuidade dos serviços públicos.

## 5. Conclusões

Do exposto, pode-se concluir que a incrementação da arbitragem no Brasil está em consonância com os teóricos da busca pelo acesso à Justiça, notadamente no que tange à terceira onda renovatória do direito.

Com efeito, a implementação dos chamados meios alternativos de solução de litígios, dentre os quais a arbitragem se inclui, faz parte de um processo que visa dar maior efetividade ao direito, retirando do âmbito do poder judiciário discussões que podem ser resolvidas de forma compositiva pelas partes.

A estrutura normativa adotada para regular a arbitragem no Brasil, entretanto, espelhando-se nos modelos europeus e anglo-saxões, optou por limitar a intervenção estatal sobre tal procedimento, colocando-o de maneira quase autônoma na seara privada.

Trata-se, sem dúvida de situação nova e controvertida dentro do cenário nacional, mas que parte de uma visão que privilegia a autonomia dos indivíduos na condução de sua vida privada.

## BIBLIOGRAFIA

BRIGADÃO, Clóvis (org.). *Globalização na América Latina: integração solidária*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão (Funag), 1997.

CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem: Lei 9.307/96*. 2.º Ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et. al.* *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

\_\_\_\_\_, *et. al.* *Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MAGALHÃES. José Carlos de. *Contratos com o Estado* in Revista Brasileira de Arbitragem, nº 3- Jul -Set/2004. p. 35/39.

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa, *Assistência Jurídica, Assistência Judiciária e Justiça Gratuita*, Forense, Rio de Janeiro, 1996.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 28.º ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001.

MOREIRA NETO. Diogo de Figueiredo. *Arbitragem nos Contratos Administrativos*. in Revista de Direito Administrativo, 218/84, jul./set. de 1997

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Parcerias na Administração Pública*. 4.ª Ed., São Paulo: Atlas, 2002.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria Geral da Mediação à Luz do Projeto de Lei e do Direito Comparado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ROCHA, Felipe Borring. *Juizados Especiais Cíveis: Aspectos Polêmicos da Lei n.º 9.099, de 26/9/95*, 4.ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

TARZIA, Giuseppe. *Lineamenti del processo civile di cognizione*. 2.ª ed., Milão: Giuffrè, 2002.

TEXEIRA, Sálvio de Figueredo. *A Reforma Processual na Perspectiva de uma Nova Justiça. Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.

# A DESJUDICIALIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO DE REGISTRO TARDIO DE NASCIMENTO. INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI FEDERAL Nº 11.790/08.

*Flávia Pereira Hill*

*Tabeliã. Mestre e Doutoranda em Direito Processual pela UERJ. Professora da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro e da Universidade Candido Mendes.*

## 1. Introdução

A Lei Federal nº 11.790, de 02 de outubro de 2008<sup>1</sup>, que entrou em vigor no dia 03 de outubro de 2008, dispõe sobre a admissibilidade da realização de registros tardios de nascimento através de procedimento extrajudicial, processado diretamente perante o Oficial Registrador Titular do cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais, independentemente de intervenção judicial.

Verifica-se que a referida lei insere-se na mesma proposta da Lei Federal nº 11.441/07, a qual passou a admitir que a separação e o divórcio consensuais, bem como o arrolamento, sejam realizados em serventias extrajudiciais, através de escritura pública. De fato, ambas as normas conferem ao tabelião a atribuição para a prática de atos da vida civil que, até então, deveriam ser, necessariamente, submetidas à prévia apreciação do Poder Judiciário<sup>2</sup>. Tais normas, analisadas conjuntamente, demonstram uma tendência do

---

1 Lei Federal nº 11.790/08: “Art. 1 . O art. 46 da Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973 - Lei de Registros Públicos, passa a vigorar com a seguinte redação: Art. 46. As declarações de nascimento feitas após o decurso do prazo legal serão registradas no lugar de residência do interessado.

§ 1º O requerimento de registro será assinado por 2 (duas) testemunhas, sob as penas da lei.

§ 2º *Omissis*

§ 3º O oficial do Registro Civil, se suspeitar da falsidade da declaração, poderá exigir prova suficiente.

§ 4º Persistindo a suspeita, o oficial encaminhará os autos ao juízo competente.

Art. 2 Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação. Brasília, 2 de outubro de 2008; 187º da Independência e 120º da República.”

2 Cumprindo esclarecer que, na hipótese prevista pela Lei 11.441/07, a separação, o divórcio e o arrolamento são realizados através da lavratura de escritura pública perante cartório com atribuição de Notas. No caso ora em comento, a Lei 11.790/08 passou a admitir que o procedimento de registro tardio de nascimento se processe perante o cartório com atribuição de Registro Civil de Pessoas Naturais do local de residência do interessado. De todo modo, ambas as leis prestigiam a solução extrajudicial, caracterizada pela prática do ato perante um cartório (serventia extrajudicial), dispensando-se a manifestação judicial.

legislador no sentido de prestigiar a solução extrajudicial, ou seja, de favorecer a desjudicialização.

Como consequência, um número crescente de procedimentos destinados à prática de atos da vida civil, embora, dada a sua relevância, continuem sendo processados perante uma autoridade estatal, passaram a dispensar intervenção judicial.

De fato, como veremos a seguir, a solução trazida pelo legislador destina-se, a um só tempo, a tornar o procedimento mais célere<sup>3</sup> e menos formal, como forma de incentivar os cidadãos a promover o registro tardio de nascimento, e, ainda, desafogar a sobrecarga de processos perante o Poder Judiciário, sem que, com isso, reste vulnerada a segurança necessária para a prática de tão relevante ato da vida civil. E a resposta encontrada foi conferir aos Oficiais Registradores<sup>4</sup> a atribuição para o processamento de tal procedimento.

O presente artigo propõe-se, pois, a analisar as principais inovações trazidas pela Lei nº 11.790/08.

## 2. Registro Tardio de Nascimento.

De acordo com a Lei de Registros Públicos (Lei Federal nº 6.015/1973), considera-se registro tardio de nascimento aquele realizado após o decurso do prazo legal.

---

3 A respeito da celeridade almejada nos dias atuais pela sociedade, bem como sobre o regime instituído pela Lei 11.441/07, vide HILL, Flávia Pereira. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. “Inventário Judicial ou Extrajudicial; Separação e Divórcio Consensuais por Escritura Pública – Primeiras Reflexões sobre a Lei nº 11.441/07”. In *Revista Dialética de Direito Processual*. Volume 50. maio 2007. São Paulo: Oliveira Rocha. pp. 42-59.

4 A respeito da natureza da função do tabelião, inclusive relato histórico, vide MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. I. Campinas: Millennium. 2000. pp. 314-318. Merece destaque a seguinte passagem: “Os tabeliães ou notários, como órgãos principais da fé pública, estão muito de perto ligados à jurisdição voluntária, não só porque os atos que praticam se filiam à administração pública do Direito Privado, como também porque, na sua evolução histórica, assumiram os notários a qualidade de juízes (*judex chartularius*, *judex ordinarius*) para a prática de atos de jurisdição voluntária. O tabelião ou notário, segundo o conceito de Donà, é um profissional livre, a que pertence o ofício público destinado à autenticação de fatos, tempo, lugar, coisas, pessoas e vontades, relativos a negócios jurídicos, mediante escrituras com o valor de prova plena e às vezes com eficácia executiva. (...) Para referir-se às funções do notário, falou Pietro Caruso de 'negozio giuridico notarile', o qual se caracteriza pela intervenção direta do Estado na regulamentação privada de determinados interesses, mediante a tutela administrativa exercida pelo notário. Trata-se, pois, de função pública filiada àquela atividade estatal genérica de administração dos direitos privados, a que também se prende a jurisdição voluntária.”

Prevê o artigo 50<sup>5</sup> da referida lei, como regra geral, que o registro de nascimento deve ser lavrado no prazo de até quinze dias a contar da data do nascimento do registrando.

O prazo legal será mais extenso em duas hipóteses. Primeiramente, prevê o legislador prazo de até três meses, caso a residência dos pais ou o local do nascimento do registrando esteja distante mais de trinta quilômetros da sede do cartório. Por fim, admite a lei que, caso a declarante do nascimento seja a mãe do registrando, esta disporá do prazo de quarenta e cinco dias a partir da data do nascimento para realizar o registro, de acordo com o artigo 52, item 2º, da Lei nº 6.015/73.

Dirigindo-se o pai, a mãe ou quaisquer dos declarantes previstos no artigo 52 da Lei nº 6.015/73 ao cartório no prazo legal, munidos da Declaração de Nascido Vivo (DNV) e de documento de identidade, o registro de nascimento é lavrado imediatamente, sem a necessidade de instauração de qualquer procedimento, administrativo tampouco judicial.

No entanto, decorrido o prazo legal, previa o legislador, até a edição da Lei nº 11.790/08, que o registro tardio de nascimento de maiores de doze anos dependeria, obrigatoriamente, de autorização judicial<sup>6</sup>. A necessidade de instauração de processo judicial tinha como escopo evitar a duplicidade do registro, na medida em que cabia ao magistrado aferir a inexistência de registro anterior de nascimento, para que, somente após, autorizasse a lavratura, pelo cartório, do registro tardio de nascimento dos maiores de doze anos.

Com a edição da nova lei, tal verificação será feita diretamente pelo Oficial Registrador, independentemente da idade do registrando. Portanto, ainda que o registrando seja maior de dezoito anos ou, até mesmo, seja idoso, bastará, a princípio, a

---

5 Artigo 50, lei 6.015/73 – Todo nascimento que ocorrer no Território Nacional deverá ser dado a registro, no lugar em que tiver ocorrido o parto ou no lugar da residência dos pais, dentro do prazo de quinze dias, que será ampliado em até três meses para os lugares distantes mais de trinta quilômetros da sede do cartório.

6 Redação anterior do Artigo 46 da Lei 6.015/73 - “Artigo 46 - As declarações de nascimento feitas após o decurso do prazo legal somente serão registradas mediante despacho do juiz competente do lugar da residência do interessado.

§1º. Será dispensado o despacho do juiz, se o registrando tiver menos de 12 (doze) ano de idade.

§2º. Revogado.

§3º. O juiz somente deverá exigir justificação ou outra prova suficiente se suspeitar da falsidade da declaração.

§4º. Os assentos de que trata este artigo serão lavrados no cartório do lugar da residência do interessado. No mesmo cartório serão arquivadas as petições com os despachos que mandarem lavrá-los.

§5º. Se o juiz não fixar prazo menor, o oficial deverá lavrar o assento dentro em 5 (cinco) dias, sob pena de pagar multa correspondente a um salário mínimo da região.”

instauração de procedimento administrativo perante o Oficial Registrador, ficando dispensada a intervenção judicial para tanto.

No entanto, dada a relevância da questão, mostra-se imperioso que os interessados demonstrem ao Oficial Registrador, mediante a apresentação de provas que instruirão o procedimento administrativo, que não houve registro anterior de nascimento, conforme a atual redação do §3º do artigo 50 da Lei nº 6.015/73. De fato, quanto maior a idade do registrando, maior rigor deve ser dispensado à comprovação, pois aumenta proporcionalmente a probabilidade de existência de registro anterior de nascimento. Afinal, é conatural ao indivíduo a prática de inúmeros atos da vida civil ao longo de sua existência, sendo certo que, já tendo atingido a vida adulta, avulta a possibilidade de ter conseguido trabalho, adquirido algum bem, casado, etc., atos esses que pressupõem a existência de registro de nascimento.

Embora seja menos provável em nossos grandes centros urbanos, forçoso convir, que, em certas regiões de nosso País, não é raro encontrar adultos sem registro, que jamais frequentaram uma escola, trabalham sem carteira assinada, estabelecem união estável sem casar-se em cartório, e assim por diante. Nesse caso, o Oficial Registrador, por atuar naquela localidade, terá conhecimento da realidade social da região, e saberá sopesar quais provas serão bastantes para demonstrar a ausência de registro anterior.

### **3. Instauração do procedimento administrativo em cartório.**

O procedimento administrativo de registro tardio de nascimento é instaurado por iniciativa de qualquer dos interessados listados no artigo 52 da Lei nº 6.015/73. Sendo o registrando maior de dezoito anos, poderá ele mesmo instaurar o procedimento administrativo<sup>7</sup>.

No entanto, entendemos que, caso o registrando seja menor de dezoito anos e pretenda providenciar o seu registro, deverá dirigir-se ao Ministério Público, a fim de que seja instaurado processo judicial, não se podendo instaurar procedimento administrativo diretamente em cartório.

---

<sup>7</sup> Nesse sentido, SERRA, Lucas de Arruda. *O que muda com a nova redação dada pela Lei 11.790 de 02/10/2008, ao artigo 46 da Lei dos Registros Públicos?* Disponível no endereço eletrônico: [www.arpenrio.com.br](http://www.arpenrio.com.br). Consulta realizada em 07/10/2008.

Feita essa ressalva, caberá ao interessado, a fim de instaurar o procedimento administrativo, dirigir-se ao Registro Civil de Pessoas Naturais situado *no local de sua residência*, conforme disposto na nova redação do artigo 46 da Lei nº 6.015/73<sup>8</sup>. Não é necessário que o interessado seja assistido por advogado.

O interessado assinará um requerimento escrito de registro tardio de nascimento, juntamente com a assinatura de duas testemunhas - conforme será esclarecido no item subsequente -, devendo instruí-lo com provas suficientes que atestem a ausência de registro anterior de nascimento.

Com efeito, as seguintes provas devem ser produzidas, a fim de que o Oficial Registrador se certifique da ausência de registro anterior:

a) Declaração de Nascido Vivo (DNV) original expedida pelo hospital ou maternidade ou declaração comum do hospital, caso o registrando tenha nascido antes da instituição da DNV, em julho de 1989;

b) caso o registrando tenha nascido fora de unidade hospitalar ou maternidade, apresentar declaração da parteira, conforme § 1º do artigo 52 da Lei nº 6.015/73, além da declaração de duas testemunhas desse fato, conforme artigo 54, item 9º, da Lei nº 6.015/73;

c) declaração dos pais do registrando, reduzida a termo, bem como do interessado que instaurou o procedimento administrativo, caso não sejam eles próprios, afirmando que não haviam procedido ao registro de nascimento até aquela data. É recomendável que os pais do registrando, em comparecendo ao cartório, assinem também o registro de nascimento.

---

<sup>8</sup> Cumpre destacar que o registro de nascimento realizado *no prazo legal* pode ser lavrado tanto no cartório do local da residência dos pais quanto no local do nascimento do registrando, conforme dispõe o artigo 50 da Lei 6.015/73. Portanto, após o decurso do prazo legal, a atribuição fica restrita ao cartório do local da residência do interessado.

A serventia extrajudicial também poderá diligenciar, a fim de se certificar sobre a ausência de registro de nascimento anterior em outros cartórios<sup>9</sup>. Desse modo, poderá o Oficial Registrador telefonar para o(s) cartório(s) situado(s) no local onde o registrando nasceu e no local da residência de seus pais à época. As informações obtidas serão reduzidas a termo e constarão do processo administrativo.

Outro expediente recomendável consiste em proceder a uma pesquisa no *site* do DETRAN, órgão responsável pela expedição de carteiras de identidade, com vistas a confirmar a ausência de registro de nascimento.

Impende destacar que os esforços envidados pelo cartório no sentido de se certificar da efetiva ausência de registro anterior são plenamente justificáveis, considerando-se a gravidade de se proceder a duplo registro de uma única pessoa, com a conseqüente emissão de inúmeros documentos oficiais em duplicidade, como se de duas pessoas diferentes se tratasse.

Uma vez comprovada a ausência de registro anterior de nascimento, estará o Oficial Registrador autorizado à lavratura do assento, na forma do artigo 54, da Lei n° 6.015/73.

Destaque-se que o fato de o registrando trabalhar em atividade regular, que pressuponha apresentação de carteira de trabalho, ou tenha formação profissional, faz erigir razoável suspeita de que tenha sido lavrado registro anterior de nascimento, desautorizando a lavratura do registro tardio de nascimento. Nesse caso, entendendo o Oficial Registrador pairar dúvidas quanto à ausência de registro anterior, deverá remeter a questão à apreciação judicial, conforme prevê a atual redação do §4º do artigo 46 da Lei n° 6.015/73.

Isso porque a atribuição do Oficial Registrador se restringe aos casos em que haja um *elevado grau de segurança* quanto à ausência de registro anterior, aferível a partir das provas constantes do processo administrativo. Esse foi o objetivo perquirido pelo legislador, dispensar a autorização judicial para a lavratura de registro tardio de nascimento em casos onde seja claramente demonstrável a ausência de registro anterior<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup>Nesse sentido, recomendando a exigência de declaração negativa de registro expedida por outras serventias, SERRA, Lucas de Arruda. *O que muda com a nova redação dada pela Lei 11.790 de 02/10/2008, ao artigo 46 da Lei dos Registros Públicos? Op. Cit.*

<sup>10</sup>Merecem registro as seguintes palavras tecidas por Lucas de Arruda Serra: “O rigor nestes casos ainda vai prevalecer ou ainda aumentar, pois, agora, a responsabilidade recai de forma mais contundente sobre o

Cumpra, ainda, registrar que a Lei 11.790/08 se aplica imediatamente aos registros lavrados a partir de sua entrada em vigor, ainda que o registrando tenha nascido na vigência da lei anterior. Portanto, pode o interessado utilizar-se da via extrajudicial, mediante a instauração de procedimento administrativo de registro tardio de nascimento perante o Oficial Registrador, mesmo que o registrando tenha nascido anteriormente a 03 de outubro de 2008.

#### 4. Assinatura por duas testemunhas.

Destaque-se que, a teor da nova redação do §2º do artigo 46, da Lei nº 6.015/73, o requerimento de registro tardio de nascimento deverá ser assinado por duas testemunhas.

A nova lei vem merecendo críticas quanto a esse ponto, sendo, inclusive, considerada um “retrocesso” nesse particular<sup>11</sup>. Isso porque, desde a edição da Lei nº 9.997/00, somente os registros de pessoas nascidas fora de unidade hospitalar dependiam da assinatura de duas testemunhas, a teor do item 9º do artigo 54 da Lei nº 6.015/73. Portanto, o registro das pessoas nascidas em hospital ou maternidade dispensava testemunhas, bastando a presença do declarante (artigo 52, da Lei nº 6.015/73).

No entanto, de acordo com a sistemática atual, *todos os registros tardios de nascimento* dependem da assinatura de duas testemunhas, independentemente do local onde tenha nascido o registrando.

De fato, entende-se que, nesse caso, *lex minus dixit quam voluit*. Isso porque, embora o §1º preveja a assinatura das testemunhas no *requerimento* de registro, ou seja, no documento que instaurará o procedimento administrativo, entende-se que as

---

registorador, que só terá a possibilidade de submeter o caso ao seu Juiz Corregedor se persistir a suspeita de falsidade, como já dito, depois da apresentação de novas provas solicitadas; do contrário, a decisão é sua. É lógico que, nos assentos p. ex. de recém-nascidos de dois, três, seis meses de vida, não vejo a necessidade de maior rigor, pois até então a própria lei dispensava o despacho judicial e nós registradores registrávamos diretamente, sem necessidade das testemunhas, que eram dispensadas, em atenção à redação dada ao item 9 do artigo 54 da Lei 6.015/73, pela Lei 9.997, de 17 de agosto de 2000 (...).” SERRA, Lucas de Arruda. *O que muda com a nova redação dada pela Lei 11.790 de 02/10/2008, ao artigo 46 da Lei dos Registros Públicos? Op. Cit.*

<sup>11</sup>Nesse sentido, SANTOS, Reinaldo Velloso dos. *Avanços e Retrocessos da nova lei sobre registro de nascimento fora do prazo*. Disponível no endereço eletrônico: [www.arpenrio.com.br](http://www.arpenrio.com.br). Consulta realizada em 07/10/2008.

testemunhas deverão *assinar o próprio registro de nascimento*, devido à relevância do ato<sup>12</sup>.

Cumpra destacar que não se trata de testemunhas meramente instrumentárias<sup>13</sup>, cuja assinatura se cinge a atestar que presenciaram o ato do registro. Mais do que isso, as testemunhas indicadas no §1º do artigo 46 devem atestar a veracidade da afirmação referente à ausência de registro anterior<sup>14</sup>.

Isso decorre da inserção, feita pelo legislador ao final da redação do §1º, da expressão “sob as penas da lei”. De fato, somente faz sentido tal advertência expressa, caso se considere que a testemunha irá atestar a veracidade da assertiva quanto à inexistência de registro anterior, que consiste no ponto fundamental autorizador da lavratura do registro tardio. Afinal, a testemunha meramente instrumentária não respalda qualquer afirmação relevante, mas apenas presencia o próprio ato registral.

## 5. Conclusão.

A Lei Federal nº 11.790/08 representou significativo avanço, na medida em que permitiu que os procedimentos de registro tardio de nascimento, nos casos em que seja cabalmente demonstrável a ausência de registro anterior, sejam processados perante o Oficial Registrador com atribuição para a lavratura do respectivo registro de nascimento, independentemente da idade do registrando.

De fato, andou bem o legislador, visto que, nesses casos, não obstante a relevância da questão em tela, não existe celeuma, sendo certo que a mesma verificação

---

12Comungando o entendimento ora esposado, posiciona-se Lucas de Arruda Serra: “Será que é necessário que as testemunhas de que se trata a nova lei assinem também o livro, além do requerimento, mesmo a lei só falando em requerimento? Creio que sim. Ou mesmo por cautela, as mesmas pessoas que requereram o assento (declarante acompanhado das testemunhas) devem também comparecer no momento do registro.” SERRA, Lucas de Arruda. *O que muda com a nova redação dada pela Lei 11.790 de 02/10/2008, ao artigo 46 da Lei dos Registros Públicos? Op. Cit.*

13Humberto Theodoro Junior classifica o conceito de testemunha, nos seguintes termos: “Há testemunhas presenciais, de referência e referidas. As presenciais são as que, pessoalmente, assistiram ao fato litigioso; as de referência, as que souberam dele através de terceiras pessoas; e referidas, aquelas cuja existência foi apurada por meio do depoimento de outra testemunha. Costuma-se, também, classificar as testemunhas em judiciárias e instrumentárias. Aquelas são as que relatam em juízo o seu conhecimento a respeito do litígio e estas as que presenciaram a assinatura do instrumento do ato jurídico e, juntamente com as partes, o firmaram.” THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. I. 38ª Edição. Rio de Janeiro: Forense. 2002. p. 418.

14No mesmo viés de orientação, SERRA, Lucas de Arruda. *O que muda com a nova redação dada pela Lei 11.790 de 02/10/2008, ao artigo 46 da Lei dos Registros Públicos? Op. Cit.*

das provas que era feita pelo Juiz, agora será feita pelo Oficial Registrador, com igual rigor. Não será vulnerada a segurança desse ato da vida civil, tendo em vista que se mantém a intervenção de autoridade estatal na prática do ato.

Destaque-se que cabe aos tabeliães justamente conferir segurança aos atos jurídicos, conforme preceitua o artigo 1º da Lei nº 6.015/73<sup>15</sup>, daí por que lhes ter sido conferida a atribuição para o processamento desse procedimento.

E, de toda sorte, caso ainda reste dúvida quanto à inexistência de anterior assentamento, caberá ao Oficial remeter a questão à apreciação judicial. Logo, o recurso ao Poder Judiciário tornou-se, nesse caso, a *ultima ratio*, sendo chamado a se manifestar somente em caso de indícios de falsidade.

Essa solução contribui, pois, inegavelmente, para que seja reduzida a sobrecarga de processos perante o Poder Judiciário. Mas as vantagens transcendem as questões meramente operacionais.

De fato, a solução trazida pela lei vem também ao encontro dos interesses do cidadão. Antes de mais nada, a imensa adesão dos cidadãos brasileiros à solução extrajudicial preconizada na Lei nº 11.441/07 demonstra a sua espontânea preferência pelo procedimento administrativo, realizado em cartório, quando admitido em lei.

Talvez em razão da maior celeridade, da maior proximidade do cartório em relação ao local de residência do interessado – dada a descentralização dos cartórios – ou, ainda, da própria ausência da figura do juiz, que, por vezes, desperta medo ou desconforto no cidadão, especialmente naqueles mais humildes – que são justamente o alvo da nova lei -, fato é que a experiência desenvolvida com a Lei nº 11.441/07 chancelou a via extrajudicial como adequada para a prática de atos da vida civil que dependam de intervenção estatal e em torno dos quais não haja controvérsia. A recorrente opção da sociedade pela solução extrajudicial, quando admitida em lei, legitimou-a como solução adequada e fidedigna.

De fato, o processo judicial afigura-se mais formal do que o procedimento administrativo, pois exige, dentre outros requisitos, a distribuição e a assistência de advogado, enquanto que o procedimento administrativo é extremamente concentrado,

---

<sup>15</sup>Artigo 1º da Lei 6.015/73 – “Os serviços concernentes aos Registros Públicos, estabelecidos pela legislação civil para autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos, ficam sujeitos ao regime estabelecido nesta Lei.” A respeito das funções dos Oficiais Registradores, vide CENEVIVA. Walter. *Lei dos Registros Públicos Comentada*. 15ª edição. São Paulo: Saraiva. 2002.

sendo praticados todos os atos na mesma serventia extrajudicial, perante o Oficial Registrador, sem a necessidade de assistência de advogado.

Alie-se a isso o fato de que, a teor do artigo 3º da Lei nº 1.060/50, é conferida aos hipossuficientes a gratuidade de justiça quanto aos atos extrajudiciais, razão pela qual os encargos financeiros não representam obstáculo ao pleno acesso à via extrajudicial.

Considerando-se, ainda, o intenso esforço do Governo Federal no sentido de eliminar a ausência de registros de nascimento no Brasil, tem-se que a Lei nº 11.790/08 contribui, decisivamente, para a promoção desse interesse social. O registro de nascimento é pressuposto indispensável para o exercício da cidadania e a sua promoção deve estar na base de toda a organização social, contando com o esforço conjunto de todos os profissionais do Direito.

Por tudo isso, a Lei nº 11.790/08, ao desjudicializar o procedimento de registro tardio de nascimento, tornando-o mais célere e menos formal, sem, contudo, vulnerar a sua segurança, promove a inclusão de milhares de brasileiros, que poderão, finalmente, ter o seu registro de nascimento lavrado.

Poderíamos ir mais longe, para afirmar que o esforço empreendido pela Lei nº 11.790/08 vem, em última análise, promover, da forma mais básica e originária, o efetivo acesso à justiça, pois integra milhares de brasileiros à sociedade formal, abrindo-se para eles toda uma gama de direitos daí decorrentes.

## **BIBLIOGRAFIA**

CENEVIVA, Walter. *Lei dos Registros Públicos Comentada*. 15ª edição. São Paulo: Saraiva. 2002.

HILL, Flávia Pereira. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. “Inventário Judicial ou Extrajudicial; Separação e Divórcio Consensuais por Escritura Pública – Primeiras Reflexões sobre a Lei nº 11.441/07”. In *Revista Dialética de Direito Processual*. Volume 50. maio 2007. São Paulo: Oliveira Rocha.

Lacerda, Galeno. *O novo direito processual civil e os efeitos pendentes*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2006.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. I. Campinas: Millennium. 2000.

PARREIRA, Antonio Carlos. *Escrituras de Divórcio e Inventário: outras questões controvertidas*. Artigo disponível no endereço eletrônico: [www.colegionotarial-rj.org.br](http://www.colegionotarial-rj.org.br). Consulta realizada em 29/01/2007.

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

SANTOS, Reinaldo Velloso dos. *Avanços e Retrocessos da nova lei sobre registro de nascimento fora do prazo*. Disponível no endereço eletrônico: [www.arpenrio.com.br](http://www.arpenrio.com.br). Consulta realizada em 07/10/2008.

SERRA, Lucas de Arruda. *O que muda com a nova redação dada pela Lei 11.790 de 02/10/2008, ao artigo 46 da Lei dos Registros Públicos?* Disponível no endereço eletrônico: [www.arpenrio.com.br](http://www.arpenrio.com.br). Consulta realizada em 07/10/2008.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. I. 38ª Edição. Rio de Janeiro: Forense. 2002.

# DIREITO FORDISTA E CONCILIAÇÃO

***Henrique Guelber de Mendonça***

*Mestrando em Direito Processual na Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogado.*

Índice – 1. Introdução – 2. A Conciliação e o Princípio Constitucional da Tempestividade da Tutela Jurisdicional – 3. Jurisdição, Sentença e Conciliação – 4. O caminho inverso – 5. A Conciliação apoiada nas técnicas da Mediação e da Negociação – 6. Conclusão – 7. Referências.

## **1. Introdução**

“Estão conciliados; tenho mais o que fazer”. O excerto é retirado da célebre comédia teatral O Juiz de Paz na Roça, que data de 1838. A simplicidade e a inocência retratadas pela peça de Martins Pena não podem ser trazidas para hoje, pelo menos quando estamos a nos referir aos grandes centros urbanos. Transportamos, pois sobrevivente, para o século XXI, a dinâmica básica da atividade jurisdicional: duas pessoas, um desacordo, um juiz e uma solução. A primeira comédia de costumes do teatro nacional, de inestimável valor histórico, exemplifica-nos tanto a maneira como o juiz deve e, igualmente, como não deve se comportar.

O juiz na obra de Martins Pena, em que pese sua mão autoritária ao enfrentar os “conflitos de galinha”, tem o grande mérito de se deixar transbordar de simplicidade, ou melhor, de se deixar inserir na vida da comunidade como uma pessoa à qual deveriam os reclames ser levados, pois ele faria encontrar a solução. Essa solução que apresentava, e aí o paradoxo e o que demonstra o caráter comportamental e legal do qual deve o magistrado de hoje se afastar, trazia consigo, inevitavelmente, uma ameaça, não a de pagar determinado valor, mas de sofrer uma sanção eminentemente corporal. A prisão arbitrária fazia-se como o principal contra-argumento do qual se utilizava o Juiz de Paz para que suas decisões, igualmente arbitrárias, fizessem-se cumprir.

O que de mais crucial carece de ser sublinhado é o fato de que em cada momento histórico, para cada geração que sucede a outra, valores devem ser sopesados e reavaliados. Hodiernamente, pode o proceder do Juiz de Paz apresentar-se de forma incompreensível e trazer-nos indignação. Daí a chegar à óbvia conclusão de que o juiz de outrora não poderia, jamais, ser o juiz de hoje – e veja-se que sequer estamos a nos referir a **juízos** de outrora, como o das ordálias – não é tarefa das mais árduas. A sensibilidade da qual atividade jurisdicional deve se vestir é exatamente a de descobrir, e oferecer, aquilo que a sociedade de seu tempo almeja.

O presente trabalho, ancorado no ideal cappellettiano de justiça coexistencial, bem como no modelo que se convencionou chamar de revolução copérnica, se dedicará ao estudo da atividade do juiz e de sua desenvoltura na tentativa de conciliar as partes envolvidas no processo. Buscar-se-á, sem qualquer eufemismo, dizer sobre a realidade, nua e crua, que encontramos no emprego da atividade de conciliação pelos magistrados no processo civil.

O alerta preliminar ao leitor fica por conta da delimitação de nosso objeto. O desenrolar da pesquisa segue a traçar e tentar aprimorar a incumbência do **juiz** na tentativa de conciliação das partes. Não é nosso alvo específico o labor de conciliadores, mediadores ou juízes leigos, o que já se encontra assaz discutido em doutrina. Explica-se o afirmado pela razão de ser do modo que o jurisdicionado enxerga o próprio juiz, como ficará demonstrado ao se desenvolver o trabalho.

Métodos não-jurisdicionais de solução de controvérsias não estão em choque com o teor da atividade conciliatória. Pelo contrário. Aqui o cenário é de sinergia, não de competição. Tanto é assim que tomaremos emprestado, por exemplo, da mediação técnicas para o aprimoramento da função do juiz.

Em tempos de *fast food*, muitas das idéias que aqui serão expostas poderão parecer inconciliáveis com o vigente movimento de encurtar o tempo de resposta do judiciário na prestação jurisdicional. Dizeres populares como *o tempo é inimigo da perfeição* e *quem tem pressa come cru*, de princípios naturais da vida humana, subsidiarão a tese jurídica que se está a apresentar. Aliás, por qual razão o jurista/legislador vem se afastando de lições das mais franciscanas, inspiradas em ideários jamais suplantados ao longo de centenas e centenas de anos, faz indagar-nos sobre suas reais intenções. No entanto, pouparei o leitor de aqui levantar qualquer “teoria da conspiração” sobre os

interesses que permeiam e pressionam o direito processual civil, que, apenas em tom provocativo, lembramos ser o direito do dinheiro.

A atividade conciliatória é consideravelmente importante. Aliás, muito mais importante do que podemos imaginar. Seja ela vista pela fresta da diminuição do período de angústia dos jurisdicionados submetidos a um processo judicial, seja ela movida pelo interesse estatal de diminuir o tempo e o custo do processo. O ponto chave é: estão os juízes preparados para conciliar? Qual a técnica por eles utilizada para a conciliação?

Antecipo-me para deixar claro que o problema não é sobre a capacidade (intelectualidade) para conciliar, mas sobre como (qual a técnica?) se concilia. Não basta anunciar aos quatro cantos que durante os dias 12 a 22 do mês tal, por exemplo, mutirões serão formados para a realização de conciliações. Não porque seja uma alternativa inválida, o que seria um despautério afirmar, mormente diante de nossa realidade, mas porque o famoso “vamos lá, vamos entrar num acordo” simplesmente é um estímulo que, se não fosse pela presença de um mistificado juiz bem defronte das partes, seria o mesmo que nada.

O verdadeiro pretexto sobre o qual se edifica o estudo é o de buscar nortear e estimular a prática da conciliação não como uma etapa burocrática em um procedimento já tão requintado. Procuramos tão-somente alertar para a oportunidade de prestar uma jurisdição efetiva quando o assunto for a promoção da satisfação das partes. A conciliação pode servir como verdadeiro remédio para a angústia e o sofrimento de quem se submete a um processo judicial.

## **2. A conciliação e o princípio constitucional da tempestividade da tutela jurisdicional**

Todo e qualquer processo leva um certo tempo. Isso é fato. Há causas cuja complexidade e necessidade de instrução probatória prescindem de um longo curso até seu julgamento. Há causas, no entanto, em que o tempo é justamente o requisito essencial para o seu deslinde satisfatório. Isso se dá seja porque precisa o juiz de tempo para formar e conformar seu entendimento acerca daquela questão jurídica que lhe é posta, seja porque as partes, no decorrer do processo, estão sujeitas a mudarem de perspectiva sobre

o objeto litigioso que, inevitavelmente, alterará os rumos da lide. O debate, por vezes, é revelador de solução que possibilita um desfecho mais ameno ao processo.

Não quero dizer que o processo deve esperar pelo juiz ou pelas partes indefinidamente, mas que há um tempo crucial para o amadurecimento dos debates e para a correta aplicação da lei. Esta lei, nunca é demais lembrar, deve sempre ser empregada de modo a satisfazer os caros valores constitucionais. Por mais relativo que seja o substantivo justiça, é possível sentenciar com a maior probabilidade de acerto quando não houver pressa em fazê-lo.

O que quer dizer inciso LXXVIII<sup>1</sup>, do art. 5º, da Constituição Federal é exatamente extirpar dilações processuais absurda e injustificadamente presentes na atividade jurisdicional<sup>2</sup>. Julgamentos monocráticos de recursos, súmulas vinculantes, repercussão geral, julgamentos liminares de causas tidas por repetitivas, ora, tudo isso se trata de alterações na legislação processual cuja desculpa é atender ao princípio constitucional da tempestividade da tutela jurisdicional. Esquece-se, no entanto, em boa parte das vezes, que a busca da máxima efetivação dos princípios constitucionais é dever do qual o Poder Judiciário não pode desincumbir-se.

Assustamo-nos com a obviedade dessa constatação. São igualmente princípios constitucionais o devido processo legal, formal e substancial, a ampla defesa e o contraditório, enfim, o acesso à ordem jurídica justa. O que de mais fundamental ensina a atual doutrina constitucionalista pátria, em sua unanimidade, apoiada nas lições de Canotilho, Alexy e Dworkin, é a necessidade de se conformar os princípios constitucionais. Ao que parece, o legislador está a concretizar e projetar, sobre distintos diplomas normativos infra-constitucionais, princípios constitucionais segundo o critério cronológico, ou seja, não-conformador. Assim, a onda reformista empresta valia (ou maior valia) ao princípio mais recentemente introduzido no texto da Constituição em detrimento daqueles obrados pelo constituinte originário.

Não se trata de um protesto contra as reformas recentes que desaguaram na modificação da legislação processual civil, até porque, usadas na porção exata, ou seja, contra-balanceando a necessidade de agilidade com uma linhagem garantista ampla do

---

<sup>1</sup> CRFB de 1988 - Art. 5º, 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.

<sup>2</sup> É certo que o artigo também se refere à atividade administrativa, conquanto não se trate de ramo do qual se ocupa neste momento.

processo justo – que não se resume a processo rápido – é inegável que elas se prestam a cooperar com a satisfação do jurisdicionado.

Importante e esclarecedor os dizeres de Canotilho:

*“A consideração da constituição como sistema aberto de regras e princípios deixa ainda um sentido útil ao princípio da unidade da constituição: o de unidade hierárquico-normativa.*

*O princípio da unidade hierárquico-normativa significa que todas as normas contidas numa constituição formal têm igual dignidade (não há normas só formais, nem hierarquia de supra-infra-ordenação dentro da lei constitucional). Como se irá ver em sede de interpretação, o princípio da unidade normativa conduz à rejeição de duas teses, ainda hoje muito correntes na doutrina do direito constitucional: (1) a tese das antinomias normativas; (2) a tese das normas constitucionais inconstitucionais. O princípio da unidade da constituição é, assim, expressão da própria positividade normativo-constitucional e um importante elemento de interpretação.*

*Compreendido desta forma, o princípio da unidade da constituição é uma exigência da <<coerência narrativa>> do sistema jurídico. O princípio da unidade, como princípio de decisão, dirige-se aos juízes e a todas as autoridades encarregadas de aplicar as regras e princípios jurídicos, no sentido de as <<lerem>> e <<compreenderem>>, na medida do possível, como se fossem obras de um só autor, exprimindo uma concepção correcta do direito e da justiça (DWORKIN)”.*<sup>3</sup>

Fato é que os princípios demandam de aplicabilidade que otimize os ideários que trazem consigo, carecem de uma irradiação, da forma mais equânime possível, pelo ordenamento jurídico de modo a franquear a busca incessante do estado de coisas

---

<sup>3</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Livraria Almedina. Coimbra. 1993. p. 190.

perseguido; ao contrário das regras, que, cegas em seu baixo grau de abstração, são limitadas a um olhar *all or nothing*, ou seja, de manejo optativo entre uma ou outra passível de aplicação.

Maiores considerações não seriam necessárias se porventura lográssemos êxito em aplicar o texto constitucional previsto no inciso LXXVIII, art. 5º, na forma como sugerido (leia-se: na forma imposta):

***A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.(Grifei).***

A expressão “razoável duração” revela-nos que certa dose de maleabilidade foi conferida no trato do que seria ou não tempestivo. Estamos muito próximos da edição de leis que eventualmente, e inconstitucionalmente, irão dispor que, por exemplo, *entre a data do protocolo da petição inicial e a sentença, no procedimento sumário, não se poderá exceder 120 dias. Amplia-se o prazo em dobro para o procedimento ordinário.*

Talvez seria melhor o Constituinte ter se espelhado no inciso I, do art. 8º, da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, cujo teor corrobora justamente com o que vimos tentando demonstrar:

*“Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.” (Grifei)*

A celeridade não toma conta de todas as discussões na doutrina processual internacional<sup>4</sup>. Pelo contrário. Tem-se tratado, por exemplo, da flexibilização de procedimentos. Em outras linhas, o juiz, colocado diante de uma causa mais ou menos complexa, que exija determinada produção probatória ou dela prescindida, fixará o prazo que entender razoável para as etapas do procedimento. São procedimentos eivados de prazos judiciais, ou seja, aqueles a serem definidos pelo juiz, e não abstratamente pelo legislador. Respeitadas as devidas comparações com o Direito Penal, seria uma espécie de *individualização do procedimento*. E o curioso: o resultado, sem se falar em qualquer quebra de garantias, inevitavelmente será o do encurtamento da atividade jurisdicional.

Nosso desconforto, e a razão para alertar sobre a correta compreensão acerca do princípio da tempestividade da tutela jurisdicional, está inserido em um contexto cujo principal reclame é o alcance de produtividade por parte dos magistrados. A prestação jurisdicional deixa de ser qualitativa para atender a critérios quantitativos que em nada se conformam com a essência daquilo que Watanabe<sup>5</sup> chama de acesso à ordem jurídica justa. O monopólio da jurisdição impõe àquele que desempenha tal atividade probidade e consciência. Não é o “atingir metas” que faz do juiz melhor ou pior julgador. A qualidade e a capacidade de se promover um deslinde que satisfaça as partes, o quanto for possível, é a meta a ser seguida.

Para se ter uma idéia do que estamos a tratar, hoje, no Estado do Rio de Janeiro, os Juízes Leigos (alunos da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro que, após processo seletivo interno, desempenham tal função perante os Juizados Especiais Cíveis do Estado) são remunerados por bolsa cujo valor, para ser pago integralmente, depende de um número mínimo de audiências mensais a serem realizadas. Em que pese o pioneirismo da instituição de Juízes Leigos no âmbito dos Juizados Especiais, sendo a medida saudável de seu ponto de vista finalístico, fica a ressalva quanto à vinculação, ainda que tímida, do critério numérico de avaliação da função para fins de remuneração.

---

<sup>4</sup> TROCKER, Nicolo et al. *The reforms of civil procedure in comparative perspective*.ed. Torino: G. Giappichelli, 2005.

<sup>5</sup> WATANABE, Kazuo. **Acesso à justiça e sociedade moderna**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido; WATANABE, Kazuo (org.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 128 a 135.

Há mais. É tendência, já implementada em alguns estados, que, após a aprovação em provas para ingresso na carreira da Magistratura, estabeleça-se uma nova etapa para o concurso na qual os aprovados nas etapas anteriores exercerão a atividade judicante, sendo remunerados com um percentual do salário dos magistrados substitutos, sendo avaliados por um período “x”. O critério, segundo pensamos, é muito válido, dado o relevo da função a ser desempenhada. O problema maior será o de vincular esse critério à produtividade (quantitativa) de sentenças e decisões.

Estamos a trazer Henry Ford para o Direito. A produção de sentenças em massa sepulta a pessoalidade de que tanto elas carecem. A propósito, quem disse que um jurisdicionado sempre almeja a sentença em um processo? Não é este seu intento primordial. É sim, pelo menos no modelo clássico de jurisdição contenciosa<sup>6</sup>, o fim de um litígio<sup>7</sup>, a extirpação de uma dúvida, a modificação de um estado de direito, e há indeterminados casos em que o término deles nem sempre está em subjugar o interesse alheio ao próprio. Não é atropelando o tempo e ensurdecendo os juízes acerca das reais intenções em jogo que se soluciona um impasse, até porque o tempo pode ser o maior amigo para promoção da satisfação.

Confundimos a aclamada tempestividade da prestação jurisdicional com o tempo, longo e massante, que se tem de aguardar para o julgamento de recursos. Recursos nascem com o inconformismo. Com sentenças desafinadas com a justiça de uma das partes, ou desobedientes à formalidade processual. Infindáveis recursos seriam evitados caso os juízes em primeiro grau adotassem uma postura mais conciliatória dos interesses das partes. A idéia de conexão inafastável entre atividade jurisdicional e sentença, aliada à ânsia por produtividade e de uma celeridade irrefreável, sufoca a conciliação, sufoca uma das formas mais nobres de se cumprir o escopo jurisdicional de pacificação social.

---

<sup>6</sup> De forma alguma estamos a negar o reconhecimento da atividade jurisdicional àquelas demandas definidas como jurisdição voluntária. Ocorre que a espinha dorsal do presente trabalho guarda relação com ações judiciais intrinsecamente conflituosas, e não potencialmente conflituosas, como é o caso da jurisdição voluntária.

<sup>7</sup> Necessário também esclarecermos que estamos cientes e acordes com as lições da melhor doutrina acerca do fato de que a lide é elemento acidental no processo de identificação da natureza jurisdicional da atividade estatal prestada. Ocorre que a premissa da qual parte o trabalho é justamente a de que há um conflito de interesses – pretensão e resistência –, a ser equalizado na atividade conciliatória, sem que isso seja importante para a caracterização da atividade como jurisdicional, o que, como há muito foi dito, não depende da existência de uma lide.

O professor Barbosa Moreira, sempre pontual em suas observações, adverte-nos que:

*“O submite n° 4 é talvez mais perigoso. Consiste em hiperdimensionar a malignidade da lentidão e sobrepô-la, sem ressalvas nem matizes, a todos os demais problemas da Justiça. Para muita gente, na matéria, a rapidez constitui o valor por excelência, quiçá o único. Seria fácil invocar aqui um rol de citações de autores famosos, apostados em estigmatizar a morosidade processual. Não deixam de ter razão, sem que isso implique – nem mesmo, quero crer, no pensamento desses próprios autores – hierarquização rígida que não reconheça como imprescindível, aqui e ali, ceder o passo a outros valores. Se uma Justiça lenta demais é decerto uma Justiça má, daí não se segue que uma Justiça muito rápida seja necessariamente uma Justiça boa. O que todos devemos querer é que a prestação jurisdicional venha a ser melhor do que é. Se para torná-la melhor é preciso acelerá-la, muito bem: não, contudo, a qualquer preço.”<sup>8</sup>*

Em arremate, citamos Cappelletti e Garth<sup>9</sup>:

*“Os litígios por exemplo diferem em sua complexidade. É geralmente mais fácil e menos custoso resolver uma questão simples de não-pagamento, por exemplo, do que comprovar uma fraude. Os litígios também diferem muito em relação ao montante da controvérsia, o que freqüentemente determina quanto os indivíduos (ou a sociedade) despenderão para solucioná-los. Alguns problemas serão mais bem “resolvidos” se as partes simplesmente se “evitarem” uma à outra (145). A*

---

<sup>8</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O futuro da justiça: alguns mitos** In Temas de Direito Processual (oitava série). São Paulo, Ed. Saraiva. 2004.

<sup>9</sup> CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**, trad. de Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 71.

*importância social aparente e certos tipos de requerimentos também será determinante para que sejam alocados recursos para sua solução. Além disso, algumas causas, por sua natureza, exigem solução rápida, enquanto outras podem admitir longas deliberações.” (Grifei)*

Nesse estágio do trabalho se torna inevitável mencionar artigo de autoria do professor Kazuo Watanabe<sup>10</sup>, intitulado de *Cultura da Sentença e Cultura de Pacificação*. É realçado em seu texto o aspecto cultural que traça a formação de nossos futuros julgadores. A formação acadêmica passa ao longe do ensino e do estímulo de atividades conciliatórias. Está enraizado em nossa mentalidade, enquanto inseridos no sistema jurídico, que a atividade jurisdicional é toda ela voltada para a prolação de um deslinde heterônimo das controvérsias. Watanabe atesta que, na verdade, privilegiamos a solução pelo critério “certo ou errado”, “preto ou branco”, sem qualquer espaço para a adequação da solução ao curso da vontade das partes, à especificidade de cada caso.

Diante de todo o ritmo frenético que se intenta impor ao processo, diante da cultura cristalizada na academia que não preza pelo ensinamento da conformação do interesse das partes em litígio, diante do caráter fordista emprestado à atividade dos juízes, perguntamos: há espaço para a conciliação na atividade jurisdicional contemporânea?

### **3. Jurisdição, sentença e conciliação**

Conforme preliminarmente destacamos, não estamos a lidar no presente trabalho com os métodos alternativos da solução de controvérsias em sentido estrito. Dizem-se alternativos porque não inseridos na atividade jurisdicional. São igualmente apelidados como equivalentes jurisdicionais. Contudo, é necessário o estabelecimento da contemporânea noção de jurisdição de modo a realizar a correta adequação com o propósito do estudo, e de tracejar, ainda que perfunctoriamente, características dos métodos alternativos.

---

<sup>10</sup> WATANABE, Kazuo. *Cultura da Sentença e Cultura da Pacificação*, in *Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover* (org. Flávio Luiz Yarchell e Maurício Zanoide de Moraes), São Paulo: DPJ, 2005, pp. 684/690.

Luiz Guilherme Marinoni, em seu *A Jurisdição no Estado Contemporâneo*<sup>11</sup>, convida-nos à releitura da noção de *jurisdição*. Os vetustos ensinamentos professados na doutrina italiana, trazidos e festejados pela doutrina processual pátria, fazem ecoar conceitos inconciliáveis com a atual ordem constitucional. Seja o ensinamento carneluttiano – a jurisdição objetiva a resolução da lide – seja o chiovendiano – segundo o qual a jurisdição se presta a fazer atuar no caso em exame a vontade concreta da lei –, ambos encontram-se defasados. O primeiro, é verdade, já vinha sendo objeto de severa crítica doutrinária, ao passo em que o processo jurisdicional não subordina, ou não tem limitada, sua atividade à existência de um conflito de interesses juridicamente qualificado por uma pretensão resistida. Já Chiovenda encontrou inúmeros adeptos na classe dos modernos processualistas, cuja refutação peremptória no cenário nacional, ao que se tem notícia, proveio justamente de Marinoni.

A questão é simples. Ora, diante da atual doutrina constitucional que empresta plena cogência ao que a carta Magna prescreve – quer dizer, força normativa, nos moldes delineados por Konrad Hesse<sup>12</sup> – é de todo impróprio afirmar que a atividade jurisdicional objetiva realizar a vontade da lei. Eis aqui a mesma discussão, ou melhor, eis a mesma bandeira levantada pelos administrativistas contemporâneos. Vejamos excerto do preclaro Gustavo Binenbojm:

*“Verifica-se, assim, o surgimento de uma verdadeira Constituição administrativa, que, por um processo de autodeterminação constitucional, se emancipou da lei na sua relação com a Administração Pública, passando a consagrar princípios e regras que, sem dependência da interpositio legislatoris, vinculam direta e imediatamente as autoridades administrativas. A Constituição, assim, deixa de ser mero programa político genérico à espera de concretização pelo legislador e passa a ser vista como norma diretamente*

---

<sup>11</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **A jurisdição no estado contemporâneo**: homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. *Estudos de direito processual civil*. Coord. MARINONI, Luiz Guilherme. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

<sup>12</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1991.

*habilitadora da competência administrativa e como critério imediato de fundamentação e legitimação da decisão administrativa.*

*Talvez o mais importante aspecto dessa constitucionalização do direito administrativo seja a ligação direta da Administração aos princípios constitucionais, vistos estes como núcleos de condensação de valores. A nova principiologia constitucional, que tem exercido influência decisiva sobre outros ramos do direito, passa também a ocupar posição central na constituição de um direito administrativo democrático e comprometido com a realização dos direitos do homem. Como assinala Santamaria Pastor, as bases profundas do direito administrativo são de corte inequivocamente autoritário; até que fosse atraído para a zona de irradiação do direito constitucional, manteve-se ele alheio aos valores democráticos e humanistas que permeiam o direito público contemporâneo.”<sup>13</sup>*

É certo que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais fez com que se operasse a sua irradiação sobre todos os demais ramos do Direito. Justamente nessa ordem de idéias, realçando que as doutrinas carnellutiana e chiovendiana edificaram-se em um cenário contaminado por um positivismo clássico, Marinoni propõe a nova conceituação da atividade jurisdicional, tendo sempre como pano de fundo a prestação de uma tutela jurídica efetiva (em miúdos: útil e proveitosa à parte que tem razão) e o manuseio de técnicas possibilitadoras da declaração incidental de inconstitucionalidade com o fulcro de transcender a lei sempre que esta se mostrar incompatível com os primados da Carta Magna.

*“O juiz não é mais boca da lei, como queria Montesquieu, mas sim o projetor de um direito que toma em consideração a lei à luz da Constituição e, assim, faz os devidos ajustes para suprir*

---

<sup>13</sup> BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo:** direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006 p. 37

*as suas imperfeições ou encontrar uma interpretação adequada, podendo chegar a considerá-la inconstitucional no caso em que sua aplicação não é possível diante dos princípios de justiça e dos direitos fundamentais.”<sup>14</sup>*

Expostos os contornos da nova acepção do vocábulo jurisdição, é fundamental que tenhamos em mente que, concluindo não ser tal atividade limitada à aplicação do que prescreve a lei – proscrevendo-a quando assim for necessário –, ao Estado é dada a função-dever de realizar os direitos fundamentais e, dentre esses direitos, inequivocamente, o direito de acesso à ordem jurídica justa. Esta noção equivale a uma espécie de aperfeiçoamento da idéia de acesso à justiça em sua projeção mais basilar. Quer dizer-se: não tem préstimo promover o acesso físico aos tribunais e se dar por satisfeito. Um processo sem dilações injustificáveis, uma tutela jurisdicional efetiva (útil e realizável), bem como uma atuação proba e comprometida com a Constituição por parte dos juízes, são preceitos irrenunciáveis para a consecução desse direito fundamental.

Prestar a tutela efetiva, em nosso pensar, não necessariamente quer dizer sentenciar, ou melhor, julgar procedente ou improcedente o pedido do autor. Não que adotemos aqui visão puramente subjetivista sobre jurisdição: *atividade exercida por juízes*. Ocorre que para o juiz exercer seu papel de propiciar aos jurisdicionados a tutela jurídica justa, não é necessário que ele busque e conduza o processo sempre à sentença “sim ou não”. Dessa visão, decerto arraigada em nossa cultura, mormente pela característica jurisdicional expressada pela substitutividade, temos que nos afastar para aceitar e alavancar o consenso no processo.

Vejamos os escopos da jurisdição para elucidar o raciocínio.

Na seara doutrinária, aqui com amparo em Câmara<sup>15</sup>, são reconhecidos três escopos da função jurisdicional. Um político, um jurídico e outro social.

---

<sup>14</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **A jurisdição no estado contemporâneo**: homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. *Estudos de direito processual civil*. Coord. MARINONI, Luiz Guilherme. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

<sup>15</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**, vol I. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005. pp 82/85.

A jurisdição é permeada de valor político no sentido de que, a partir do momento em que o Estado avoca o monopólio da Jurisdição, ele deve criar mecanismos que permitam os jurisdicionados a participar diretamente de seus rumos, como ocorre quando do exercício da ação popular, da ação civil pública, bem como deve cultivar as liberdades públicas e respeitar os direitos fundamentais.

A idéia mestra do escopo social de jurisdição é a pacificação com justiça. Não tem valia uma decisão judicial divorciada da realidade social. O juiz deve sopesar os efeitos de uma sentença que coloque em risco a desejada estabilidade das relações sociais. Sempre que possível buscar a via conciliadora.

Já quanto ao escopo jurídico, o papel jurisdicional é o de fazer aplicar a lei desde que concatenada com os princípios constitucionais, fazendo valer um emprego pragmático dos direitos fundamentais. Não perdura o juiz boca-da-lei, conforme salientamos.

Esses os ensinamentos da melhor doutrina. No entanto, permanece em muitos impregnada a noção de que ao final da atividade jurisdicional invariavelmente chegar-se-á a um provimento cujo teor será o de procedência ou improcedência daquilo que se pede. É justamente essa visão que merece releitura.

O final feliz da atividade jurisdicional é a pacificação social. Este, indubitavelmente, seu mais caro papel. Se a pacificação decorrer por sentença de procedência ou improcedência, que assim seja. A realidade, crua, é que, em boa parte dos casos, julgar o feito dizendo a quem assiste razão é a forma mais cômoda e barata de falsamente prestar-se ao exercício da jurisdição.

Não há demérito em não sentenciar. Muito pelo contrário. Vejamos, novamente, Watanabe:

*“E há, ainda, a falsa percepção de que a função de conciliar é atividade menos nobre, sendo a função de sentenciar a atribuição mais importante do juiz. Não percebem os magistrados que assim pensam que a função jurisdicional*

*consiste, basicamente, em pacificar com justiça os conflitantes, alcançando por via de consequência a solução do conflito.”<sup>16</sup>*

Tamanha barreira psicológica demanda de tempo para ser superada. Como bem salienta Oscar Chase<sup>17</sup>, “o conceito de cultura envolve traços comuns persistentes no tempo, mas improvavelmente eternos, e partilhados no seio de um grupo, mas improvavelmente unânimes”. O juiz de agora atua no processo para proferir uma sentença, impor sua decisão às partes (substitutividade). Essa a nossa cultura, persistente no tempo e compartilhada pelo grupo. Contudo, não é traço eterno, muito menos de assentimento unânime.

Muito do que foi dito até o presente momento pode gerar estranheza àqueles que defendem aos quatro cantos a prática disseminada dos equivalentes jurisdicionais. Desde já vai o aviso: não somos contra a prática disseminada dos equivalentes, nem ignoramos seus atrativos. Reconhecemos a presteza que a utilização dos métodos alternativos pode trazer para a própria atividade jurisdicional, principalmente desafogando-a do surreal número de processos que aguardam por julgamento e atendendo pontualmente o interesse de quem deles se socorre.

A estagnação dos processos, por sua vez, não se deve propriamente às leis processuais. Deve-se à aliança entre a patente falta de infra-estrutura do Poder Público e a irresignação infundada e tendenciosa dos litigantes públicos e privados. São inúmeros fatores que contribuem para tanto.

A alegada crise do sistema recursal não pode ser isoladamente justificada por uma legislação processual que possibilita recorrer. Por que não o emprego efetivo das condenações por litigância de má-fé, já que tantos e tantos são os recursos totalmente despidos de qualquer fundamentação jurídica viável? Isso não é culpa de se permitir recorrer, mas de quem recorre. Iríamos aqui, então, debandar para uma discussão acerca da ética dos personagens do processo, o que fugiria por completo de nosso objeto.

O maior cliente do Judiciário é justamente o Poder Público. Incoerência? Não. Total falta de compromisso com a coisa pública, sim! Quem mais esperneia é justamente

---

<sup>16</sup> Obra citada.

<sup>17</sup> CHASE, Oscar G. A Excepcionalidade Americana e o Direito Processual Comparado, in REPRO, vol. 110, Ano 28, São Paulo: Revista dos Tribunais, abril – junho / 2003, pp 115/139..

quem deveria dar exemplo. Quem mais prolonga o processo é justamente quem deveria nem dele se valer em muitas hipóteses. A promoção da pacificação social não é tarefa atribuída com exclusividade ao Poder Judiciário. A culpa aqui sobre o grande número de processos, a propósito, sobeja para os pobres mortais que são acusados de terem confeccionado uma verdadeira *indústria dos danos morais* ou infundáveis ações de revisão de cláusulas contratuais contra administradoras de cartões de crédito e instituições bancárias, por exemplo.

Não que sejam todos eles, e não são, os referidos pobres mortais, cordeiros. Há um bom punhado de lobos nesse meio. Mas há uma situação, no mínimo, inusitada. As ondas renovatórias aclamadas pela doutrina exsurgem justamente para a democratização do processo. Quando este passa a ser acessível, reclama-se do numerário de ações. Ora, um problema de cada vez. É claro que existem ações cujos interesses subjacentes não são merecedores de tutela. Mas daí a generalizar, e imputar a culpa aos jurisdicionados pelo aumento do uso de uma atividade cujo exercício é monopolizado, há uma grande diferença.

São dois exemplos capitais acima trazidos, dentre muitos outros similarmente decisivos, que desmentem ser a lei processual a maior vilã da célere atuação do Poder Judiciário.

A grande questão, e para a qual chamo a atenção, é: tendo em vista o emprego dos métodos alternativos da solução dos litígios muito mais desenvolvido em parte do direito alienígena, por que não buscar uma série de técnicas e de procedimentos para adaptá-los ao nosso direito processual jurisdicional? O projeto de lei sobre a mediação, que poderá ser realizada judicial ou extrajudicialmente, é um exemplo disso. Mas antes de adentrar nesse tópico, temos a obrigação de justificar a pergunta do ponto de vista sócio-cultural, e não jurídico.

Como bem alerta o professor Humberto Dalla, no tocante às barreiras levantadas para a disseminação dos métodos alternativos de resolução de conflitos, temos:

*“A segunda barreira se refere à percepção social da figura de autoridade para a solução do conflito. A sociedade brasileira, de*

*forma geral, ainda enxerga no juiz, e apenas nele, o personagem que encarna, de forma inquestionável, o poder de resolver litígios. Outras figuras como conciliadores, juízes leigos, juízes de paz, integrantes de câmaras de mediação ou câmaras comunitárias, ainda são vistas com certa desconfiança.”*

“É somente na frente do juiz que as coisas valem”. Essa a máxima inconscientemente reproduzida no imaginário de um percentual expressivo dos jurisdicionados. A figura imponente do juiz, que não é visto como servidor público, mas como alguém dotado de super-poderes, enterra a confiança dos utentes dos métodos alternativos de que esse procedimento será o último. Resta sempre a reserva mental, infelizmente, de que a palavra final cabe ao juiz, momento em que, através de um raciocínio lógico, conquanto falso, concluir-se-ia pela perda de tempo em se utilizar de métodos alternativos. Isso, contudo, não condiz com a verdade, acaso estejamos a lidar com os famigerados direitos disponíveis, ou melhor, com os direitos que admitem transação. No entanto, eis aqui uma realidade brasileira contra a qual cabe todo processualista lutar.

O estímulo ao desfrute dos métodos alternativos de conflitos perpassa necessariamente pelo dever de informação. No entanto, o público alvo desse discurso deve ser meticulosamente pré-determinado. A fertilidade de camadas sociais e culturais que povoa nosso país impõe atenção específica e exposição própria e inteligível para todos. Enquanto não têm melhor sorte os métodos alternativos, que, repito, são preciosos em seus objetivos, e seu desuso no cenário nacional se deve a fatores estranhos às suas reconhecidas utilidade e eficácia, preocupamo-nos com a atenção que deve ser atribuída ao instituto da conciliação, o que seria a forma mais rápida e simples para minorarmos os problemas de ordem processual inequivocamente existentes.

Propomos não propriamente uma remodelação do conceito de jurisdição – não temos essa pretensão – apenas pensamos ser útil o manuseio da figura do juiz como importante instrumento para o processo de pacificação social por intermédio do consenso. Seria o emprego do modo autoritativo de por fim ao litígio não com uma sentença “preta ou branca”, como expôs Watanabe, mas de forma conformadora, consensual. O “autoritativo”

inunda o subconsciente do jurisdicionado com a sensação de tranquilidade, segurança; o consenso foge do subjetivismo e torna palpável a mútua satisfação.

Antecipamo-nos para deixar cristalino o seguinte: o juiz não deve ver sua atividade fracassada pela razão de ter de proferir uma sentença de procedência ou improcedência. É claro que estas permeiam e são o desaguar mais comum da atividade jurisdicional. No entanto, há inúmeras controvérsias passíveis de serem dirimidas através da participação de todos os personagens do processo. Há causas em que a parte leva a outra a juízo para que esta veja que aquela estava “falando sério” quando realizou determinada ameaça. Em inúmeras situações, a conciliação é a solução mais adequada para a pacificação, mas há também inúmeras outras situações em que de nada valerá a tentativa de conciliação, nem perante o juiz, nem perante o mais hábil dos mediadores, pelo simples motivo de que a razão do sucesso e do acordo, na maior parte das vezes, não depende de um terceiro, mas da vontade, única e exclusiva, das partes. Habilidade deverá ser o juiz para desvendar tais intenções, e este estudo é justamente para tentarmos auxiliá-lo nesta tarefa.

#### **4. O caminho inverso**

É intuitivo pensarmos em fazer com que o fluxo de demandas judiciais, claro que aquelas que trazem consigo direitos que admitam transação, seja repassado aos métodos alternativos de resolução dos conflitos. O lema, nesse caso, é o desafogo do Poder Judiciário. Esse um dos pretextos basilares do emprego dos equivalentes jurisdicionais.

Outra razão trata justamente da especialidade dos métodos alternativos, ou seja, com a solução de determinado impasse da forma mais consentânea possível com a necessidade das partes envolvidas, sem massificação. Em outras linhas: a arbitragem, por exemplo, tem como uns de seus atrativos a celeridade e o árbitro. Este devido a seus notórios conhecimento sobre a matéria que lhe é levada para decidir. Sim, a arbitragem é um método de heterocomposição, convencionada prévia (cláusula compromissória) ou posteriormente (compromisso arbitral) pelas partes. Elas escolhem o árbitro e, por exemplo, a norma de direito material a ser aplicada (art. 2º, §§2º e 3º da Lei 9.307/96).

Grandes empresas preferem a arbitragem à jurisdição, justamente pela possibilidade de uma decisão mais rápida e técnica.

A mediação, por sua vez, é indicada para aqueles conflitos que retratam relacionamentos interpessoais continuados, como ressalta o ilustre professor Humberto Dalla. Explica o mestre que a mediação não deve ser utilizada para todo e qualquer caso, com o que concordamos. Justamente pela natureza dessas relações, não será uma sentença (ato de um estranho) que solucionará a pendenga. Pelo contrário. A sentença pode ser tão-só o pontapé inicial para outros conflitos. A relação entre as partes não finda com eventual provimento jurisdicional, já que o relacionamento e o desacordo permanecerão ao longo do tempo independentemente de o Estado bater no peito e dizer: Eu terminei a prestação de minha atividade jurisdicional!

Pois bem, por que motivo não trazer duas constatações básicas desses métodos alternativos para a atividade jurisdicional? O paciente não quer que um dermatologista cuide de sua torção no joelho. Da mesma forma, não quer o proprietário e contratante de acordos comerciais de grande vulto sobre plataformas de petróleo que um juiz sem qualquer especialidade resolva e aponte com quem está a razão. A solução: a promoção da especialidade da atividade jurisdicional. O que, a bem da verdade, já vem ocorrendo em alguns setores. No entanto, não é com o objeto da arbitragem que esse trabalho se preocupa, já que se trata de um instituto bem mais avançado no Brasil quando comparado à mediação, por exemplo. Pensamos não ser esta a prioridade do Poder Judiciário.

A questão pontual, conquanto não se esgote nela, está na técnica da mediação. Se se chegou à conclusão de que de nada adianta a adjudicação (atividade substitutiva), ou de pouco relevo é dotada, na solução de relações interpessoais, porquanto o mútuo consentimento em tais hipóteses revela-se de presteza infinitamente superior, qual a razão para não trazer tais conclusões para a atividade jurisdicional? A conscientização de juízes, o que necessariamente perpassa pela formação acadêmica, de que se deve buscar o mútuo consentimento no deslinde de questões cujo sentenciamento não surtirá os efeitos necessários, é crucial.

Conciliar, em sentido amplo, não é perguntar se as partes estão dispostas a chegar a um acordo. É induzi-las ao acordo. Penso, ao ensejo, que a modalidade de

mediação ativa, refutada pela Escola de Harvard, é a que melhor se adequará a uma atividade conciliatória. Desse modo poderá ser aproveitada a prestigiosa figura do juiz.

Não se queira entender que a técnica da mediação, a ser manuseada pelo juiz, somente será útil quando da existência de relações interpessoais continuativas. Será útil para todos os direitos que admitam transação. Lembre-se que esses não são limitados aos direitos disponíveis, o que se pode exemplificar com a possibilidade de conciliação nos casos de prestação (aspecto quantitativo) de alimentos e guarda de filhos.

Um juiz hábil e perspicaz. É justamente isso que estamos a frisar. No capítulo próximo procuraremos trazer para junto da conciliação técnicas utilizadas não só pela mediação como também pela arte da negociação. São típicas atividades em que o desfecho se dá pelo consenso. Adaptá-las ao exercício da atividade jurisdicional não será tarefa das mais difíceis, pelo singelo motivo de estarmos pré-convencidos de que é grande a possibilidade de êxito. Tais técnicas emprestarão um mini-procedimento para a atividade conciliatória, em uma demonstração objetiva e simples do como deverá ser a atuação do magistrado.

## **5. A conciliação apoiada nas técnicas da mediação e da negociação**

O Código de Processo Civil trata da conciliação nos seguintes artigos: 125, IV, 331, 447 e 448. O juiz pode, a qualquer momento, chamar as partes para tentar conciliá-las. Deve fazê-lo, igualmente, na hipótese de a causa versar sobre direitos que admitam transação, seja em audiência preliminarmente marcada, seja no início da audiência de instrução e julgamento. Não tenho notícia da prática da tentativa de conciliação a qualquer tempo pelos juízes como emoldurado no art. 125, IV, CPC, mas lá há essa previsão.

A timidez, e até mesmo o desinteresse, dos juízes em relação à conciliação, como expõe Kazuo Watanabe<sup>18</sup>, decorre também da elaboração de estatísticas para fins de promoção.

---

<sup>18</sup> Obra citada.

*“Um outro fator que reduz o entusiasmo dos juízes pela conciliação é a percepção que eles têm, e muitas vezes com razão, de que o seu merecimento será aferido por seus superiores, os magistrados de segundo grau que cuidam de suas promoções, fundamentalmente pelas boas sentenças por eles proferidas, não sendo consideradas nessas avaliações, senão excepcionalmente, as atividades conciliatórias, a condução diligente e correta dos processos, a sua dedicação à organização da comarca e sua participação em trabalhos comunitários.”*

O primeiro requisito para que o juiz obtenha êxito em conciliar as partes é: conhecer o processo. Na prática, comumente ocorre de o juiz sentar-se diante das partes e nesse momento ter o primeiro contato com o processo. Por óbvio, não há a menor intenção de generalizar tal conduta. Apenas alertamos que o conhecimento da causa é fator primordial na promoção do consenso. A intimidade com o caso que lhe é posto permite ao juiz averiguar se o objeto ali discutido é ou não viável de conciliação.

É possível peneirar as causas de solução consensual prováveis. Isso se dá não somente com questões carregadas de teor emocional, mas também naquelas onde se percebe a fragilidade da tese defensiva. O réu, em inúmeros casos, antevê a derrotada no processo, mas esperneia o quanto for possível. Um juiz hábil consegue demonstrá-lo os inconvenientes de se alargar litígio judicial, consegue remover mesquinhas. Ninguém, nenhuma parte do processo, em sã consciência, gosta de se dirigir ao fórum para audiências, muito menos de arrastar angústia por grande período.

O segundo requisito imprescindível possui jaez subjetivo. Assim como o juiz deve *querer* a conciliação, nas causas em que já é íntimo do conteúdo do processo, as partes também devem estar dispostas a tanto. Quando do estudo da mediação, temos que a opção por esta forma de solução de controvérsias deve ser sempre espontânea. A espontaneidade com relação ao acordo não pode se dar por prejudicada pelo simples motivo de o autor ter optado pela via jurisdicional. Primeiro porque a falta de informação sobre formas não-jurisdicionais de solução de conflitos ainda existe. Segundo porque é

equivocada a premissa de que quem opta pelo processo judicial não está disposto à conciliação.

Não há possibilidade, ao contrário do que ocorre nos meios alternativos, de as partes escolherem o mediador. Fazendo-se as devidas adaptações, as partes, ou o autor isoladamente, não podem escolher o juiz que tentará a conciliação. Tal fato violaria o princípio do juiz natural. Apesar disso, o juiz, enquanto regente do processo, não deve ser visto com tamanha impessoalidade, quer dizer, deve-se nele enxergar, sim, a figura de alguém imparcial investido de poder estatal para desnudar as razões da controvérsia, mas não um ser fazedor de suas próprias vontades, intangível. Inequivocamente deve manter sua autoridade e, acima de tudo, usá-la em prol do consenso. O fim costumeiro, e nem sempre apropriado, do processo, conforme já salientamos, é a sentença “sim ou não”. No entanto, reiteramos nossas considerações sobre o fato de que uma das formas mais eficazes do desempenho da atividade jurisdicional é justamente a conciliação.

O juiz não pode ser mistificado. Muito menos querer mistificar-se. O juiz de outrora, intimidador, distante e carrancudo, não encontra lugar para o desenvolvimento do principal escopo jurisdicional: pacificação com justiça. A realização de audiências, ainda que infrutífera quanto à conciliação, é útil para o juiz aquilatar impressões pessoais sobre as partes. O juiz deve ser imparcial. Não neutro juridicamente. Como é dito nos corredores das faculdades, um juiz neutro jamais seria capaz de decidir uma causa.

Tratar as partes com urbanidade, ser atencioso ao ouvi-las, mostrar-se interessado e preocupado com a pacífica solução da pendenga, são atitudes que devem nortear a atividade do juiz sempre. Pior do que não falar é não ser ouvido. A indiferença com relação ao dilema que envolve os jurisdicionados é o fator que mais emperra a realização da conciliação. O juiz julga dezenas de casos por semana. As vezes centenas. Os jurisdicionados eventuais, nos moldes da caracterização ofertada por Cappelletti<sup>19</sup>, vêm seus processos como únicos. O grande desafio do magistrado é justamente conseguir enxergar a relevância social de priorizar cada causa como se única fosse.

Não vivemos como nefelibatas para desconhecer a realidade das secretarias dos fóruns ou o contingente de processos submetidos a um único juízo. Mais uma vez alertamos: Um problema de cada vez. Não se pode deixar de defender o que nos aparenta ser correto por razões de ordem puramente burocráticas. Não se deve pensar no

---

<sup>19</sup> Ob. Citada.

insucesso sob o argumento de que o sucesso encontra-se em local inóspito. Propomo-nos a apresentar soluções qualitativas para a efetivação de um processo justo. De soluções quantitativas a legislação processual já se encontra farta. Justiça processual é o mínimo que pode ser assegurado ao cidadão. Se não se pode afirmar que o juiz dará o desfecho ideal para toda e qualquer demanda judicial, fazer assegurar aos cidadãos prerrogativas processuais, como a oportunidade de não se submeterem a uma sentença “sim ou não”, é dever de todo juiz.

Na tentativa de conciliação, o juiz não deve projetar sobre as partes um olhar de superioridade, até mesmo porque ele não é superior a elas. O juiz serve, não é servido. Conversar com as partes com ares de informalidade, mantido sempre o devido respeito, é uma maneira eficaz de se descobrir as “motivações ocultas”<sup>20</sup>, aquelas não levadas ao processo e impossíveis de serem deduzidas unicamente através dele. Tais motivações podem ser exatamente o nó que ata o consenso.

Durante o procedimento narrado pelo professor Humberto Dalla<sup>21</sup>, há um momento em que é possível ao mediador conversar com uma das partes sem a presença da outra. Essa sessão é denominada *caucus*, e é justamente nela em que são desvendadas as motivações ocultas. Pensamos, todavia, que, com relação ao processo judicial, para evitar maiores desconfortos ou levantamento de suspeição quanto à atividade do juiz, cuja pessoa não foi escolhida pelo consenso das partes envolvidas, seria inadequada a realização de tal etapa.

O juiz deve permitir a conversa entre as partes envolvidas, interferindo quando necessário. O juiz, pensamos, ao contrário da sugestão de Harvard, pode realizar perguntas que eventualmente desnudarão os reais interesses das partes. Participar ativamente nos rumos da discussão sem medo de ser taxado com paternalista ou inconveniente.

A maior tarefa do mediador, segundo Dalla, é suprir a falta de informação, comunicação e promover o direcionamento para novas possibilidades, novas vertentes antes não enxergadas pelas partes para a solução do impasse. Eis a presença, na atividade conciliatória, igualmente, do maior desafio do juiz.

---

<sup>20</sup> PINHO, Humberto Dalla Bernardina de Pinho. "Mediação: a redescoberta de um velho aliado na solução de conflitos", in "Acesso à Justiça: efetividade do processo, (org. Geraldo Prado), Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005, pp. 105/124.

<sup>21</sup> Ob. Citada.

Roger Fisher, Willian Ury e Bruce Patton são responsáveis pelo *best seller* intitulado, já traduzido, “Como Chegar ao Sim: a negociação de acordos sem concessões”<sup>22</sup>. Aqui a atividade é majoritariamente negocial, não jurídica. Não há controvérsia sobre a qual deverá alguém decidir. Há, sim, técnicas que permitem o consenso para tratar de assuntos dos mais variados. Ao final de uma negociação, seja ela política, mercantil, empregatícia ou familiar, chega-se ao consenso onde ninguém é mais favorecido do que a outra parte. Há saciedade mútua.

Frise-se que na negociação não há a presença de um terceiro. Quem conduz todo o procedimento são justamente os interessados. Estes falam e decidem por si. Daí porque inexistente, em sua nascente, qualquer semelhança com a atividade jurisdicional.

São situações completamente distintas daquelas vivenciadas nos processos judiciais, até mesmo porque nesses nem sempre se encontra presente o poder de barganha. No entanto, há valiosas técnicas de consenso que podem ser extremamente válidas quando trazidas para a sala de audiência.

Os professores da Universidade de Harvard apresentam comportamentos que ensinam e viabilizam o mútuo assentimento. A finalidade básica da obra é a satisfação de ambas as partes. Procedendo-se às devidas adaptações, os juízes não devem misturar as pessoas com os problemas, nem deixar com que as partes o façam. Uma simples pergunta poderia propiciar a conciliação: se não fosse ele, haveria acordo? A partir da resposta, o magistrado pode conduzir a conciliação com outros olhos. Seja advertindo as partes sobre os riscos e inconvenientes da demanda, que poderá se arrastar sem motivos para tanto, como também dos benefícios de uma rápida solução. Avaliar as possibilidades de êxito de determinado pedido pode ser perigoso, embora útil, devendo ser um artifício utilizado sempre baseado em jurisprudência de tribunais superiores ou de segunda instância para que não se incorra em antecipação de julgamento. Assim, por mais que o juiz decida pela improcedência ou procedência do pedido, as partes estarão cientificadas dos rumos futuros que a causa irremediavelmente tomará.

Inclua-se em “separar as pessoas dos problemas” os advogados. Nem o juiz deve deixar levar-se pela antipatia que eventualmente tenha construído com relação ao causídico, nem o causídico deve ser irredutível e pugnar sempre para o julgamento “sim ou

---

<sup>22</sup> FISHER, Roger; URY, Willian; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim – a negociação de acordos sem concessões**. 2.ed. Rio de Janeiro: Imago, 2005.

não” da demanda objetivando seus honorários. Parece isso ser uma utopia, mas é fato que não pode deixar de ser consignado.

Grande entrave da negociação é a tentativa de consenso com alguém que não tem poder e liberdade para acordar ou discordar. O advogado deve atuar no interesse da parte, já que exerce uma função essencial na promoção da justiça. Aconselhar maliciosamente seu cliente a não aceitar o acordo em hipótese alguma, prometendo vantagens muito maiores com um julgamento futuro, é, além de grave violação de compromisso ético, tremenda irresponsabilidade.

O juiz deve estimular a parte a se colocar no lugar da outra. Inverter a linha de raciocínio dos litigantes. Quando a audiência se realiza unicamente com prepostos, com poder de barganha igual a zero, esse estímulo será em vão.

Anote-se que, e isso é notório, aquilo que se pede em uma petição inicial nem sempre é o que a parte acredita que auferirá. Sobre tal constatação também deve obrar o juiz. Muitas vezes as partes nem sabem o que seus advogados realmente estão pedindo. Narram-lhe a situação e este confecciona por inteiro, e a seu bel prazer, a petição inicial, fazendo nela constar valores astronômicos e, na maior parte das vezes, inalcançáveis

Finalmente, pensamos que o juiz deve provocar as partes a, juntamente com ele, hipoteticamente, darem soluções das mais variadas para o conflito. Não deve ser estabelecido qualquer compromisso quanto à aceitação ou não da proposta, sequer da parte que a formula. É uma atividade puramente mental, sendo perfeitamente possível a combinação das mais variadas propostas. Trata-se de uma fase no procedimento da mediação conhecida como *brainstorming*. Em uma delas, em uma das idéias lançadas, poderá estar a solução da demanda judicial, cabendo ao magistrado homologar o acordo e esmerar-se de, efetivamente, instrumentalizar o acesso à ordem jurídica justa.

No direito alemão, anunciado por Cappelletti e Garth<sup>23</sup>, há procedimento parecido. Segundo o “Modelo Stuttgart”, partes, juízes e advogados ativamente debatem sobre os fatos e o direito que circundam a controvérsia. Os juízes, após ouvirem as partes e as testemunhas, retiram-se para deliberar e retornam com um projeto de sentença que é discutido entre eles e as partes, as quais ainda podem optar por uma composição amigável. Há uma proposta de decisão e amplo debate sobre suas vantagens e

---

<sup>23</sup> Ob. Citada. p. 78.

desvantagens. O resultado fatalmente apresentará maior índice de aceitação, estimulará e dará importância a partes e advogados e, principalmente, reduzirá consideravelmente o número de recursos.

A conciliação, quando viável, é a medida mais democrática e legítima para a resolução dos conflitos levados ao Judiciário. O juiz não deve se comportar como mero espectador, ou ser tomado pelo sentimento de que a conciliação é mera etapa do curso processual. Deve aproveitar a oportunidade e ter sempre a consciência de que causas mal resolvidas retornam para sua mesa. Nesses casos não haverá nem justiça, nem celeridade, nem comprometimento com tão nobre função.

## 6. Conclusão

Pensamos ser o ponto crucial do trabalho a exaustiva explicação de que não há espaço para o raciocínio automático de que processo rápido é processo bem julgado. Processos decididos no estilo fordista emperram ou retornam ao Judiciário. As partes merecem a sensação de que suas causas são únicas.

Da mesma forma que os métodos alternativos de solução de conflitos não disputam espaço com a atividade jurisdicional, não temos a pretensão de desestimular, em hipótese alguma, a solução das controvérsias por intermédio dos equivalentes jurisdicionais. A única preocupação é com a melhora de uma atividade que já existe e que pode ser muito melhor desenvolvida.

Todo discurso deve atender-se para a platéia, como deixa claro Perelman. É preciso saber-se para quem se fala. A conciliação aqui abordada, nos moldes desenhados, será importantíssima forma de solução de controvérsias de causas que envolvam litigantes eventuais. Não que se abstraia a possibilidade de incidência sobre os litigantes habituais. Ocorre que, com relação a estes, é necessária avaliação realista sobre os fatos. Enquanto permanecer a “ordem de cima” e a “política da empresa”, retirando qualquer autonomia dos prepostos, a tarefa dos juízes demandará de esforço olímpico para o consenso. Mal sabem as grandes empresas e o próprio Estado o quanto perdem com tal postura.

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais realizou no período de 2 a 7 de setembro a Semana da Conciliação. Nos juizados de conciliação e nas centrais de

conciliação, o êxito do procedimento perambulou pelo percentual de 60%. Já nos Juizados Especiais Cíveis e na Justiça comum, o de 30%. Sobre os precatórios, o índice de êxito alcançou a marca de 100% de conciliação.<sup>24</sup>

Já exaltamos a nobreza do propósito de tais ações. Afinal, como diz o slogan publicitário: Conciliar é legal e faz bem. No entanto, há conciliações e conciliações. Um juiz não pode empurrar um acordo, muito menos fazer vista grossa quando o acordo é manifestamente prejudicial a uma das partes, mormente em situações que envolvam o direito de família. Não basta o “estão conciliados” do Juiz de Paz na Roça. Há situações, por outro lado, em que se “concilia” ou se “concilia”, como é o caso dos precatórios.

Estudar a conciliação sob tal prisma é, acima de tudo, viabilizar a pacificação social, desburocratizar o processo, desmistificar o juiz fazendo com que ele trabalhe em prol das partes, desimportando-se com números. O efeito de uma causa mal julgada, além da péssima repercussão social, é cíclico. Mais dia ou menos dia, estarão as partes novamente em litígio.

Assim como se sucede na mediação, na conciliação devolve-se às partes envolvidas no conflito a possibilidade de criarem a solução para a controvérsia. É medida afeta à democracia deliberativa, de nítido caráter de legitimidade através do consenso. O tempero da conciliação fica por conta da figura do juiz.

A conciliação não trabalha com questões solitariamente jurídicas, mas realça a transdisciplinariedade, obrigando o juiz a lançar mão da Psicologia, Sociologia e Filosofia. Daí a importância indelével de se reavaliar nossas academias. De instruir futuros juristas e conscientizá-los de que a dogmática do Direito, conquanto de valor inquestionável, somente é aplicável ao mundo real se permeada por valores aptos a possibilitar a compreensão do homem.

Esperamos, honestamente, ter contribuído, ainda que timidamente, para que seja remodelado o estudo e incrementada a atenção conferidos à conciliação. Mais do que atividade jurídica, conciliar é um dever social do juiz.

---

<sup>24</sup> Dados obtidos no link do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais: [http://www.tjmg.gov.br/info/pdf/?uri=/quadro\\_avisos/semana\\_conciliacao/2007/balanco\\_parcial\\_3\\_a\\_5\\_12.pdf](http://www.tjmg.gov.br/info/pdf/?uri=/quadro_avisos/semana_conciliacao/2007/balanco_parcial_3_a_5_12.pdf). Acessado em 20 de fevereiro de 2008.

## BIBLIOGRAFIA

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O futuro da justiça: alguns mitos** In Temas de Direito Processual (oitava série). São Paulo, Ed. Saraiva. 2004.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização.**Rio de Janeiro: Renovar, 2006 p. 37

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**, vol I. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005. pp 82/85.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional.** 6. ed. Livraria Almedina. Coimbra. 1993. p. 190.

CHASE, Oscar G. *A Excepcionalidade Americana e o Direito Processual Comparado*, in *REPRO*, vol. 110, Ano 28, São Paulo: Revista dos Tribunais, abril – junho / 2003, pp 115/139.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**, trad. de Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 71.

FISHER, Roger; URY, Willian; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim – a negociação de acordos sem concessões.** 2.ed. Rio de Janeiro: Imago, 2005.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição.** Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1991.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A jurisdição no estado contemporâneo: homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão.** *Estudos de direito processual civil.* Coord. MARINONI, Luiz Guilherme. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PERELMAN, Chaim. *Ética e Direito (trad. Brás. de Ethique et Droit).* São Paulo: Martins Fontes. 1996, p. 145/206.

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

TROCKER, Nicolo et al. *The reforms of civil procedure in comparative perspective.*ed. Torino: G. Giappichelli, 2005.

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

WATANABE, Kazuo. **Acesso à justiça e sociedade moderna**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido; WATANABE, Kazuo (org.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 128 a 135.

## **A EFICÁCIA DA DECISÃO ENVOLVENDO A REPERCUSSÃO GERAL E OS NOVOS PODERES DOS RELATORES E DOS TRIBUNAIS LOCAIS<sup>1</sup>**

***José Henrique Mouta Araújo***

*Doutor e mestre em direito (UFPA), professor da Universidade da Amazônia, do Centro Universitário do Estado do Pará e da Faculdade Ideal, procurador do estado do Pará e advogado.*

Sumário: I. Introdução. II- Tentativa de conceituação da repercussão geral. Análise dos aspectos *objetivo* e subjetivo envolvendo a *questão constitucional*. III- Repercussão geral como requisito de admissibilidade diferenciado – os novos poderes do relator e do tribunal local. A análise por amostragem.

Resumo: O ensaio procura enfrentar alguns aspectos ligados ao novo requisito de admissibilidade recursal, consagrado pela EC 45/2004 e regulamentado pela Lei 11.418/2006. Com efeito, procura-se demonstrar que, com a implantação da repercussão geral como requisito específico para o recurso extraordinário, há a necessidade de repensar alguns institutos processuais, como a competência recursal, a inalterabilidade do julgamento e os poderes dos relatores e do Plenário do STF. Outrossim, será enfrentada a hipótese da repercussão geral por amostragem (em causas repetidas), e os novos poderes dos ministros relatores e dos próprios tribunais ordinários no que respeita ao julgamento dos recursos sobrestados, incluindo a eficácia vinculante da decisão aos casos repetidos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Supremo Tribunal Federal – Grande quantidade de recursos – Repercussão geral – Conceito – Requisitos de admissibilidade recursal – Poderes do Plenário do STF – Eficácia da decisão aos casos repetidos – Novos poderes do relator e do tribunal local – Juízo de mérito do recurso extraordinário.

---

<sup>1</sup> Este trabalho, revisto e atualizado após a Emenda Regimental 21/2007 do STF, foi publicado na versão original na Revista de Processo n. 152, ano 32, pp. 181-195.

*ABSTRACT: The present essay finds to face some aspects related to the new requirement of appeal admissibility; consecrated by the Constitutional Emend 45/2004, and regulated by Law 11.418/2006. With effect, the essay find to demonstrate that, with the implement of the general repercussion as specific requirement to the extraordinary appeal, there is a need to rethink about some procedural rules, as the appeal competency, the unchangeability of the judgement and the powers of law reporter and SFC Plenary. Besides, it will be faced the hypothesis of general repercussion for sample (in repeated causes), the new powers of Minister Reporters and of the own ordinary courts in respect of judgement of suspended appeals, including the effectiveness relative to repeated cases decision.*

*KEYWORDS: Supreme Federal Court (SFC) – Great amount of appeals – General repercussion – Concept – Requirements of appeal admissibility – Effectiveness of decision to the repeated cases – New powers of law reporter and of local court – Judgement of merit of extraordinary appeal.*

## **I- Introdução**

Um tema que sempre provocou grandes discussões refere-se a chamada *crise do judiciário, inclusive dos Tribunais Superiores*. Especialmente nas últimas décadas novos instrumentos foram criados, e outros aperfeiçoados, visando a diminuição do tempo de duração da litispendência e do número de processos em tramitação em graus excepcionais.

Importante mencionar, à título de ilustração, alguns instrumentos consagrados no ordenamento jurídico nacional como tentativas de superação desta crise<sup>2</sup>: a) ampliação dos poderes dos relatores (art. 557 do CPC); b) implantação da súmula vinculante e da súmula impeditiva de processamento de recursos<sup>3</sup>; c) distribuição imediata dos processos;

---

<sup>2</sup> Outros institutos advindos da EC 45 também tiveram por enfoque a melhoria da prestação jurisdicional em nível recursal, como a alteração da competência para o STJ apreciar violação entre lei federal e ato de governo local, deixando para o STF apenas a competência recursal para análise de violação de lei federal em decorrência de lei local o que, em última análise, perpassa pela análise de preceitos constitucionais (arts. 105, III, *b c/c* art. 102, III, *d* da CF/88).

<sup>3</sup> Recomenda-se a leitura dos seguintes textos, especialmente desenvolvidos para estes assuntos: ARAUJO, Jose Henrique Mouta . *Processos repetitivos e os poderes do Magistrados diante da Lei n 11.277/06. Observação e críticas*. Revista Dialética de Direito Processual, São Paulo, v. 37, n. 8, p. 69-79, 2006 e

d) deslocamento da competência de alguns feitos para a Justiça Militar; e) criação de novo requisito de admissibilidade para o RE – a repercussão geral.

Com a repercussão geral para o RE – aspecto principal do presente trabalho – objetivou a EC 45, e posteriormente a lei 11.418/06, a criação de um filtro restritivo de acesso ao STF, deixando aquele Tribunal com competência apenas para apreciação dos casos com maior repercussão coletiva.

Estabeleceu, portanto, a EC 45/2004, um requisito de admissibilidade diferenciado para o cabimento do recurso extraordinário, sendo apenas indiretamente relevante a discussão da *justiça* ou *injustiça* individual, bem como a ocorrência de frontal violação à CF/88.

*In casu*, procurou o Constituinte restabelecer – com algumas diferenças – o instituto da *arguição de relevância* previsto na carta constitucional de 1967, eis que também consagrava competência específica ao STF para as *causas superiores*.

Contudo, com a CF/1988 a arguição de relevância foi extinta<sup>4</sup>, sendo consagrada uma *nova versão de restrição recursal* ao STF, advinda da EC 45.

Nessa nova versão, como já apontado, tem-se um requisito de admissibilidade diferenciado para o julgamento do mérito do RE, culminando com o estabelecimento de *novos poderes* aos Ministros Relatores e também aos tribunais locais.

Antes de se enfrentar estes *novos poderes*, cumpre discutir o que significa *repercussão geral*. O que pretende o constituinte e o legislador infraconstitucional com a expressão *repercussão geral*? *Qual seu conceito e suas hipóteses*? Assunto que merece tratamento no próximo item.

---

ARAUJO, Jose Henrique Mouta . *Súmula impeditiva de recursos. Uma visão sobre o atual quadro processual brasileiro*. Revista Dialética de Direito Processual, São Paulo, v. 39, p. 86-92, 2006.

<sup>4</sup> Interessante observar que o Regimento Interno do STF ainda mencionava, até as alterações advindas da Emenda Regimental n. 21/2007, em algumas passagens, o instituto da arguição de relevância, como se pode observar nas redações anteriores dos arts. 238, IV, VI, VII e 329.

## **II- Tentativa de conceituação da repercussão geral. Análise dos aspectos *objetivo e subjetivo* envolvendo a *questão constitucional*.**

Após a apresentação do tema e análise dos aspectos introdutórios, mister enfrentar o que pretende o constituinte e a lei 11.418/06 com a expressão *questão constitucional com repercussão geral*.

Visando melhor enquadramento do tema, mister dividi-lo em duas partes: i- Análise da expressão *questão constitucional*, prevista no art. 102, §3º, da CF/88 e no art. 543-A, do CPC; ii- Abordagem do que significa a *repercussão geral* como requisito específico para o recurso extraordinário.

O que será questão constitucional? O termo *questões* é extremamente relevante em direito processual e pode ter diversos significados. Ora é utilizado como *antecedente*, ora como *mérito* (objeto de decisão judicial) e, por vezes, como *fundamentos*.

**Aliás, é possível distinguir o *objeto de cognição* e o *objeto de decisão*. Naquele, as questões (*incidenter tantum* – antecedentes) são conhecidas e enfrentadas, neste a questão (aqui sendo *principaliter tantum*) é conhecida, enfrentada e decidida, inclusive, formando coisa julgada material.**

**Ainda há a necessidade de observar que *questão* pode ser de fato ou de direito, mas não se confunde com o próprio mérito (ou o *thema decidendum*). Realmente, na cognição judicial, devem ser enfrentadas questões processuais e questões substanciais, que corroboram para a solução do conflito.<sup>5</sup>**

**Por outro lado, a palavra *questão* também significa *ponto de fato ou de direito controvertido* de que dependa o pronunciamento judicial, hipótese em que é**

---

<sup>5</sup> Cândido Rangel Dinamarco ensina que: “ponto é, em prestigiosa doutrina, aquele fundamento da demanda ou da defesa, que haja permanecido incontestado durante o processo, sem que as partes tenham levantado discussão a respeito (e sem que o juiz tenha, de ofício, posto em dúvida o fundamento); discordem as partes, porém, isto é, havendo contestação de algum ponto por uma delas (ou, ainda, havendo o juiz suscitado a dúvida), o ponto se erige em questão. Questão é, portanto, o ponto duvidoso. Há questões de fato, correspondentes à dúvida quanto a uma assertiva de fato contida nas razões de alguma das partes; e de direito, que correspondem à dúvida quanto à pertinência de alguma norma ao caso concreto, à interpretação de textos, legitimidade perante norma hierarquicamente superior”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. O conceito de mérito em processo civil. Revista de Processo. n. 34. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. p. 25).

resolvido como incidente processual<sup>6</sup> e constará na fundamentação do julgado, como prevê o art. 458, II, c/c art. 469, ambos do CPC. Nesse aspecto, as questões decididas *incidenter tantum* não ficam imunizadas pela coisa julgada.

Aliás, utilizando expressão de Francesco Carnelutti, pode-se aduzir que *questão* é ponto duvidoso, de fato ou de direito.<sup>7</sup>

Contudo, *questão* também é utilizada em direito processual como sinônimo de objeto litigioso (*thema decidendum*), atingido pela coisa julgada, haja vista que discutida *principaliter tantum*.

Neste aspecto, a palavra *questão* possui íntima ligação com o conceito de mérito (objeto litigioso do processo), aqui concebido como questão principal a ser enfrentada, discutida e discutida durante o andamento do feito.

De toda sorte, pela análise que se faz dos arts. 102, §3º, da CF/88 e 543-A, do CPC, é razoável entender como *questão constitucional* os pontos, fundamentos constitucionais tratados na demanda, e não necessariamente o *mérito da* demanda.

Esta *questão constitucional* deve trazer repercussão geral, conceito este ligado a assunto significativo, relevante, diferenciado, com repercussão social, econômica ou jurídica<sup>8</sup>. Enfim, pela leitura do dispositivo legal é possível afirmar a necessidade de demonstrar o aspecto diferenciado que ultrapasse os limites subjetivos da causa.

Aliás, possível é observar certa vagueza e indeterminabilidade<sup>9</sup> no conceito de repercussão geral identificado no art. 543-A, §1º<sup>10</sup>. Assim, a interpretação e a conclusão

---

<sup>6</sup> Nesse sentido, vide BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Item do pedido sobre o qual não houve decisão*: possibilidade de reiteração noutro processo. In Temas de direito processual civil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. (2. série).

<sup>7</sup> De acordo com suas lições: “In quanto una affermazione, compresa nella ragione (della pretesa o della contestazione), possa generare un dubbio e così debba essere verificata, diventa una *questione*. Perciò la questione si può definire un punto dubbio, di fatto o di diritto, e la sua nozione è correlativa a quella di affermazione”. (CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di diritto processuale civile*. Padova: Cedam, 1936. v. 1. p. 353).

<sup>8</sup> Para Arruda Alvim, “a instituição da *repercussão geral* envolve a outorga de um *poder político* ao tribunal que haverá de apreciar as causas marcadas por importância social, econômica, institucional ou jurídica”. A *EC n. 45 e o instituto da repercussão geral*. Reforma do judiciário. Teresa Arruda Alvim Wambier, Luiz Rodrigues Wambier, Luiz Manoel Gomes Jr., Octavio Campos Fischer e William Santos Ferreira (coords). São Paulo : Revista dos Tribunais, 2005, p. 86.

<sup>9</sup> Mas não discricionariedade. Aliás, no que respeita ao art. 543-A, §1º, vale transcrever as lições de Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina: “embora não se esteja diante de conceitos determinados, ou seja, daqueles cujo referencial semântico é facilmente identificável no mundo empírico, existem indubitavelmente, critérios para que se possam identificar ‘questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa’. Deve-se afastar definitivamente a idéia de que se estaria aqui diante de uma decisão de natureza

acerca de sua presença devem ser demonstradas (de forma fundamentada) na decisão que a reconheça na causa em julgamento e, em maior grau, naquela plenária que a afasta.

Com esse novo requisito, o que se destaca é o papel do STF para, ao lado de primar pela correta aplicação dos preceitos constitucionais, discutir tão-somente as causas recursais com aspecto macro (supra, superior, diferenciado), não sendo mais órgão com competência para solucionar as demais amarguras recursais (sem qualquer reflexo coletivo diferenciado) mesmo nos casos de interpretação equivocada da própria Constituição<sup>11</sup>.

Portanto, essa vagueza conceitual<sup>12</sup> deve ser interpretada caso a caso, servindo de parâmetro para os recursos subseqüentes que envolvem a mesma temática. Aliás, interessante é observar a previsão do §2º do mesmo dispositivo, ao imputar ao recorrente o ônus de demonstrar a existência da repercussão geral em seu apelo extremo.

Ora, mesmo tendo o recurso paradigma<sup>13</sup> presunção de presença do requisito da repercussão geral (que apenas pode ser derrubada por deliberação de 2/3 dos membros do STF), ainda assim o legislador imputou àquele que detém a presunção o ônus de demonstrá-la. Essa demonstração, numa análise preliminar, tende apenas a ratificar a presença do requisito, eis que a presunção está em favor do recorrente.

---

discricionária”. *Breves comentários à nova sistemática processual civil 3*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2007, p. 242.

<sup>10</sup> Ao contrário, no caso do §3º do mesmo dispositivo não se observa essas características, tendo em vista que a repercussão geral estará presente por força do simples desatendimento de súmula ou jurisprudência dominante do STF. A análise, portanto, será objetiva.

<sup>11</sup> Sobre o assunto, Rodrigo Barioni observou que “uma das mais importantes objeções contra a adoção do critério da ‘repercussão geral das questões constitucionais’ para a admissibilidade do recurso extraordinário diz respeito ao fato de a Corte Suprema voltar as costas para causas de interesse meramente individual, cujo *error in iudicando* da matéria constitucional, pela falta de ‘repercussão geral’, inviabilizará o reexame desse tema pelo STF”. *O recurso extraordinário e as questões constitucionais de repercussão geral*. Reforma do judiciário. Teresa Arruda Alvim Wambier, Luiz Rodrigues Wambier, Luiz Manoel Gomes Jr., Octavio Campos Fischer e William Santos Ferreira (coords). São Paulo : Revista dos Tribunais, 2005, p. 722.

<sup>12</sup> Comentando o texto constitucional, Elvio Ferreira Sartório e Flávio Cheim Jorge ensinam que: “por se tratar de conceito vago, o importante é que ao menos se consiga vislumbrar diretivas claras e precisas capazes de permitir que os cidadãos tenham conhecimento mínimo de que tipo de ofensa à Constituição Federal poderá ser apreciada pelo STF. Como dito, o Supremo é o guardião da Constituição, contudo, após a EC n. 45, nem todas as decisões que porventura firam o Texto Constitucional, ficarão submetidas a seu crivo. Assim é que, caberá à doutrina e principalmente ao Excelso Supremo a responsabilidade de indicar parâmetros tipificadores do novo requisito”. *O recurso extraordinário e a demonstração da repercussão geral*. Reforma do judiciário. Teresa Arruda Alvim Wambier, Luiz Rodrigues Wambier, Luiz Manoel Gomes Jr., Octavio Campos Fischer e William Santos Ferreira (coords). São Paulo : Revista dos Tribunais, 2005, p. 188.

<sup>13</sup> Esta afirmação apenas pode ser feita para o *recurso paradigma*, eis que nas hipóteses de matérias repetidas e mesmo nos casos em que é analisado este requisito por amostragem, o tratamento legislativo ampliou os poderes dos Ministros Relatores e do próprio tribunal local para decretar sua inexistência, inclusive decidindo a sorte do recurso sem qualquer análise plenária (art. 543-A, §5º e 543-B, do CPC – redação advinda da Lei 11.418/06).

A bem da verdade, a fundamentação envolvendo a repercussão geral é vista em três momentos: a) é ônus do recorrente demonstrar sua existência; b) a Turma julgadora, se decidir pela presença do requisito, também deverá demonstrar as razões de convencimento; c) o Plenário, ao afastá-la, também deverá fundamentar a decisão, inclusive levando em conta a importância da decisão para os casos posteriores (art. 543-A, §5º c/c art. 93, IX, CF/88).

Destarte, é razoável entender que pretendeu o legislador, ao regulamentar o texto constitucional no aspecto subjetivo, expressar conceitos vagos que passarão a delimitar o *aspecto coletivo das múltiplas controvérsias que serão apreciadas pelo STF*. Talvez na área do direito metaindividual a exclusão da repercussão geral seja pouco mais difícil, tendo em vista que o dano *metaindividual* (como, *v.g.*, no direito ambiental) por certo enseja relevância pelo menos do ponto de vista social que possivelmente ultrapassa os limites da causa. Nesse caso, necessário será o enfrentamento concreto do conceito de repercussão geral, evitando-se que a decretação de inexistência acabe por gerar a própria negativa de prestação geral.

Outrossim, no aspecto *objetivo* (art. 543-A, §3º), a demonstração da repercussão geral tende a ser tarefa menos complexa. *In casu*, a intenção do dispositivo é bem diferenciada e indica clara tentativa de manutenção das decisões anteriores proferidas pelo próprio STF (plenárias ou não)<sup>14</sup>, inclusive em causas que não apontem necessariamente para o aspecto macro anteriormente demonstrado.

Aliás, na nova regulamentação do RISTF, advinda da Emenda Regimental 21/2007, garantiu-se o poder do relator de decidir monocraticamente acerca da existência ou não de repercussão geral nas situações em comento, eis que o art. 323, §1º do regimento consagra a prescindibilidade de comunicação entre os Ministros nos casos em que a repercussão geral já houver sido reconhecida pelo Tribunal ou impugnar decisão contrária a súmula ou a jurisprudência dominante do próprio Pretório.

Portanto, o poder do relator é mais claramente observado nas duas situações em que se dispensa a comunicação entre os demais membros da corte, a saber: a) casos repetidos em que já foi decretada a inexistência de RG; b) nas situações em que as decisões recorridos não atendem súmula ou jurisprudência dominante.

---

<sup>14</sup> Realmente, ao apontar a expressão *jurisprudência dominante*, o legislador acaba por ampliar o âmbito de vinculação das decisões do STF, advindas ou não do Pleno.

Necessário, afirmar, de passagem, que as últimas reformas constitucionais e infraconstitucionais caminharam no sentido de manutenção e preponderância dos precedentes dos Tribunais Superiores. De fato, a previsão de súmula vinculante, impeditiva de recurso e de reexame necessário podem bem exemplificar a tendência de preponderância das decisões coletivas oriundas destes Órgãos.

Assim, é possível identificar no âmbito da repercussão geral essa tentativa de preponderância, com a afirmação legal de que *haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal* (art. 543-A, §3º, do CPC). Se de um lado o não atendimento à súmula vinculante ensejará a apresentação de reclamação (art. 7º da Lei 11.417/06), de outro a não observância de súmula (sem caráter vinculante) ou de jurisprudência dominante do STF de imediato já demonstra a presença de repercussão geral.

A rigor não se está diante de causa *coletivamente relevante* (como as previstas no art. 543-A, §1º, do CPC), mas sim *juridicamente relevante*, eis que objetiva servir de estímulo ao atendimento dos pronunciamentos da Corte Máxima. A partir do momento que o legislador consagra a presença de repercussão geral pela simples inobservância do precedente do Tribunal, está claro o caráter pedagógico do recurso extraordinário sob dois enfoques: i- há tentativa de implementar *maior eficácia* às decisões proferidas pelo STF mesmo que não sumuladas ou quando estas não possuem o caráter vinculante; ii- pretende-se desestimular sejam prolatadas decisões contrárias às interpretações majoritárias perpetradas pelo STF.

Aliás, deve também restar claro que, nas situações previstas no art. 543-A, §3º, do CPC, não se está necessariamente diante de uma causa com um *aspecto coletivo do recurso*, mas sim do âmbito pedagógico da repercussão geral. É possível, inclusive, que o recurso extraordinário seja interposto discutindo causas individuais sem qualquer conotação relevante que ultrapasse o limite subjetivo da lide, desde que o recorrente demonstre a presença de súmula ou jurisprudência dominante do STF em sentido contrário ao decidido nas instâncias ordinárias.

Em verdade, esta hipótese funciona como filtro de restrição recursal para o STF, desta feita muito mais ligado ao caráter pedagógico, talvez objetivando que os outros órgãos do Judiciário acolham e apliquem o entendimento colegiado do Excelso Tribunal.

Antes de encerrar este item, é interessante observar e indagar se tais restrições se aplicam no âmbito do processo penal. A Lei 11.418/06 acrescentou os arts. 543-A e 543-B, ao CPC, gerando uma interpretação inicial de que apenas se aplica aos processos cíveis. Contudo, a previsão constitucional da repercussão geral é ampla, envolvendo qualquer recurso extraordinário. Logo, será que a regulamentação do CPC também será aplicável ao processo penal?

Apenas o tempo dará a solução sobre esta problemática. Contudo, neste momento é possível indicar uma resposta negativa à referida indagação, mesmo se tratando de recurso de fundo constitucional.

Realmente, em que pese o recurso extraordinário ter fundo constitucional (art. 102, da CF/88), apenas com a Lei 11.418/06 ocorreu a regulamentação da repercussão geral, tão-somente para as causas cíveis ou, no mínimo, naquelas em que o CPC se aplique subsidiariamente, como no âmbito trabalhista<sup>15</sup>. Contudo, o processo penal tem preceitos e procedimento próprios, pelo que se defende a necessidade de regulamentação do instituto também na esfera penal.

Ademais, até que ocorra regulamentação e delimitação concreta, o próprio ilícito penal já indica a presença da repercussão geral do ponto de vista social. Logo, os recursos extraordinários que demonstrem a presença de violação constitucional no âmbito do processo penal já iriam merecer apreciação pelo Pretório Excelso. Visando evitar que tal requisito se torne letra morta no âmbito do processo penal, melhor será a regulamentação também naquele ramo do direito processual.

### **III- Repercussão geral como requisito de admissibilidade diferenciado – os novos poderes do Relator e do tribunal local. A análise por amostragem**

Neste momento, cumpre enfrentar a repercussão geral como requisito de admissibilidade diferenciado e com eficácia vinculante.

Os recursos excepcionais (RE e REsp, bem como o RR trabalhista), por força da cognição restrita (recursos de estrito direito) caracterizaram-se pela presença de requisitos

---

<sup>15</sup> Aliás, o legislador trabalhista antecipou-se ao próprio constituinte e estabeleceu, desde 2001, por medida provisória, que o TST examinará previamente, no recurso de revista, se a causa oferece transcendência com relação aos aspectos gerais de natureza econômica, política, social ou jurídica (art. 896-A, da CLT).

de admissibilidade diferenciados, normalmente ligado às preliminares antecedentes do mérito recursal<sup>16</sup>. Estes requisitos, em regra, têm apreciação *bifásica*, primeiramente pelo tribunal local (art. 542, §1º, do CPC) e, em seguida, pelo Tribunal Superior, em dois momentos (pelo Relator – art. 557 e pelo Colegiado).

Enfim, a característica dos recursos excepcionais se pauta pelo duplo juízo de admissibilidade, permitindo com isso a negativa de seguimento aos recursos pelos próprios tribunais estaduais ou regionais (federais, trabalhistas, etc).

Contudo, quando o assunto é a repercussão geral como requisito de admissibilidade diferenciada, esta característica deve ser revisitada, bem como deve ser reinterpretado o poder do relator previsto no art. 557 do CPC.

Como já mencionado anteriormente, o recurso extraordinário paradigma goza de presunção de repercussão geral, que apenas pode ser derrubada por apreciação plenária<sup>17</sup> e com voto de 2/3 dos Ministros do Supremo. Logo, trata-se de requisito de admissibilidade diferenciado, cuja apreciação não pode ocorrer, pelo menos no primeiro recurso (na primeira análise da *questão constitucional*), no tribunal local e nem pelo Relator do STF<sup>18-19</sup>.

Necessário observar que o § 4º do art. 543-A do CPC deixa claro que a dispensa de remessa do recurso para o julgamento Colegiado (não necessariamente em

---

<sup>16</sup> “O juízo de admissibilidade dos recursos antecede lógica e cronologicamente o exame do mérito. É formado de questões prévias. Estas questões são aquelas que devem ser examinadas necessariamente antes do mérito do recurso, pois que lhe são antecedentes”. NERY JR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6ª edição. São Paulo : RT, 2004, p. 252.

<sup>17</sup> Não se deve esquecer que o RISTF foi alterado para permitir, de forma constitucionalmente controvertida, a comunicação eletrônica entre os Ministros.

<sup>18</sup> É interessante observar a utilização, pelo art. 102, §3º, da CF/88, da palavra Tribunal, com T maiúsculo, demonstrando que está se referindo ao Tribunal Excelso. Logo, a condição de admissibilidade envolvendo a repercussão geral é exclusiva do colegiado máximo do STF. No mesmo sentido, entendem Élvio Ferreira Sartório e Flávio Cheim Jorge que: “houve por bem o legislador em dizer que o Tribunal (com letra maiúscula) competente só pode recorrer a causa por ausência da *repercussão geral* por meio a manifestação de dois terços de seus membros. A letra maiúscula de Tribunal sugere que o Tribunal competente é o STF, uma vez que na sistemática da Constituição Federal de 1988 a palavra tribunal (com letra minúscula), em regra, é utilizada para designar os tribunais em geral (ou os ordinários) e, em letra maiúscula, para designar os tribunais superiores”. *O recurso extraordinário e a demonstração da repercussão geral*. Reforma do judiciário. Teresa Arruda Alvim Wambier, Luiz Rodrigues Wambier, Luiz Manoel Gomes Jr., Octavio Campos Fischer e William Santos Ferreira (coords). São Paulo : Revista dos Tribunais, 2005, p. 186.

<sup>19</sup> Necessário observar que o § 4º do art. 543-A do CPC deixa claro que a dispensa de remessa do assunto para o plenário apenas ocorrerá se a turma decidir pela existência da repercussão geral. Se a interpretação for em sentido contrário, deverá o assunto ser apreciado pelo Plenário do STF. Logo, a Turma apenas pode declarar a presença da repercussão, configurando-se um requisito de admissibilidade de sua competência apenas no aspecto positivo.

Plenário)<sup>20</sup> apenas ocorrerá se a Turma decidir pela existência da repercussão geral. Se a interpretação for em sentido contrário, deverá o assunto ser apreciado pelo Plenário do STF. Logo, para a Turma, trata-se de requisito de admissibilidade diferenciado e apenas em uma direção: a decretação de sua presença.

Nesse momento, mister abrir um parêntese para aduzir que a Emenda Regimental n. 21/2007, ao alterar dispositivos ligados ao Regimento Interno do STF, permitiu que a comunicação entre os Ministros não seja necessariamente no momento do julgamento em sessão, mas de forma eletrônica. Destarte, analisando-se os arts. 323, 324 e 325 do RISTF é possível concluir no seguinte sentido: a comunicação entre os Ministros, no sentido de verificar se há ou não repercussão, deve ser feita por meio eletrônico.

Assim, seguindo as diretrizes do RISTF poderão ocorrer as seguintes situações: i) não sendo inadmitido o recurso por outra razão, os demais Ministros apresentam suas manifestações sobre a existência ou não de RG. Não sendo recebida a resposta no prazo regimental de 20 dias ou caso a manifestação seja no sentido de que há este requisito, o recurso será julgado (art. 325); ii) caso as respostas, em sua maioria, seja no sentido de que não há RG, a inadmissão do recurso, mesmo que fundada também na manifestação dos demais membros da Corte Suprema, será feita individualmente pelo próprio Relator, cuja decisão será irrecorrível (art. 325, § único, do RISTF, com as alterações advindas da Emenda Regimental 21/2007).

Com as alterações advindas da Emenda, alguns questionamentos precisam ser enfrentados, como os seguintes: como ficará a intervenção do *amicus curiae*? Será garantido o contraditório, ampla defesa ou mesmo defesa oral?

Não se pode deixar de registrar que a comunicação eletrônica entre os Ministros está em perfeita consonância com a nova sistemática processual. Contudo, com esta forma de comunicação, tudo também será eletrônico, como a defesa, a intervenção e mesmo a *defesa oral* (melhor denominada de *defesa oral eletrônica*).

---

<sup>20</sup> Mais uma vez mister observar que as alterações do RISTF podem ensejar discussões quanto a inconstitucionalidade dessa comunicação eletrônica, eis que a previsão constitucional de derrubada da RG é por voto de 2/3 dos Ministros. Esse voto, a rigor, é feito em sessão de julgamento, pelo que a comunicação e a votação eletrônica (sem reunião plenária), apesar de ensejar maior efetividade, pode provocar interpretações no sentido de violar o texto constitucional.

Aliás, mister indicar que, em certo ponto, ocorre contradição entre os arts. 557 do CPC e o dispositivo que trata da repercussão geral. Ora, o art. 557 especifica, dentre os poderes do relator, o de negar seguimento a recurso inadmissível.

Contudo, qual admissibilidade prevalece em termos procedimentais: aquela prevista no art. 557 do CPC que não incluiu a decretação da inexistência da repercussão geral, ou a do Colegiado do STF (competente para apreciar o instituto)? Caso a decisão plenária for no sentido de que há repercussão geral, poderá novamente o relator aplicar o art. 557 do CPC – não mais liminarmente - em relação aos demais requisitos de admissibilidade ou mesmo julgar o mérito recursal monocraticamente?

Pela análise sistemática do art. 543-A é possível afirmar que a repercussão geral é *requisito de admissibilidade prévio aos demais requisitos de admissibilidade recursa*<sup>21</sup>. Haverá, portanto, dois momentos de admissibilidade: o *prévio invertido*<sup>22</sup>, a ser feito pelo Colegiado e, com a decretação positiva, o *segundo*, feito para análise monocrática do Relator.

Não se deve olvidar que o procedimento de apreciação da repercussão geral é assim configurado: i) análise pelo Relator e pela Turma, admitindo-se inclusive manifestação de terceiros (inclusive atuação de *amicus curiae*<sup>23</sup>); ii) estando presente o requisito, passa-se para análise dos demais (art 557 do CPC); iii) entendendo o Relator que esta repercussão inexistente, necessariamente a decretação final sobre a falta do requisito é exclusiva do Pleno, pela votação de 2/3 de seus membros, em decisão terá eficácia aos casos posteriores.

Conclui-se esta observação com a seguinte afirmação: o art. 543-A acabou, numa primeira análise, restringindo o poder do Relator previsto no art. 557 do CPC, eis que este não pode ser exercido quanto aos demais requisitos de admissibilidade e também

---

<sup>21</sup> Arruda Alvim, quanto ao assunto, assevera que “É ato prévio extrínseco à possibilidade mesma da admissão *jurisdicional* do recurso extraordinário, mas essencial, que se coloca como *conditio sine qua non*, para se poder vir a admitir, propriamente, ou para proferir a decisão de admissibilidade do recurso extraordinário”. *A EC n. 45 e o instituto da repercussão geral*. Reforma do judiciário. Teresa Arruda Alvim Wambier, Luiz Rodrigues Wambier, Luiz Manoel Gomes Jr., Octavio Campos Fischer e William Santos Ferreira (coords). São Paulo : Revista dos Tribunais, 2005, p. 75.

<sup>22</sup> Com a possibilidade de derrubar a presunção existente em favor do recorrente.

<sup>23</sup> Destarte, é possível a manifestação de terceiros no procedimento de análise da repercussão geral, *ex vi*, art. 543-A, §6º, do CPC. Aliás, comentando este dispositivo, escrevem Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina: “Admite a norma, assim, a intervenção de *amicus curiae*, à semelhança do que ocorre no controle concentrado de constitucionalidade”. *Breves comentários à nova sistemática processual civil 3*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2007, p. 247.

quanto ao próprio mérito recursal antes da apreciação da existência ou não da repercussão geral no recurso paradigma.

Contudo, tal interpretação não deixa de estar sujeita a crítica, tendo em vista que poderá significar desperdício de tempo. Ora, melhor seria a aplicação do art. 557 do CPC antes da apreciação da repercussão geral, evitando-se que seja levada ao Plenário recurso que por certo ficará fadado ao insucesso diante da ausência dos demais requisitos de admissibilidade<sup>24</sup>.

Registra-se, por oportuno, que, apesar da previsão do art. 543-A, o RISTF caminha no sentido da interpretação que se está fazendo, eis que o art. 323 esclarece que: *quando não for caso de inadmissibilidade do recurso por outra razão, o Relator submeterá, por meio eletrônico, aos demais ministros, cópia de sua manifestação sobre a existência, ou não, de repercussão geral*". Esta redação tende a garantir o poder do Relator envolvendo os demais requisitos de admissibilidade, antes mesmo da discussão sobre a existência ou não de RG.

Destarte, a análise prévia da admissibilidade quanto aos demais requisitos de forma monocrática significa maior efetividade da prestação jurisdicional recursal, deslocando a apreciação da repercussão geral apenas nos casos em que a conclusão do Relator for positiva. Apenas o tempo e a interpretação conjunta dos dispositivos processuais poderão chegar a conclusão se realmente a repercussão geral é *admissibilidade dos demais requisitos de admissibilidade*.

De toda sorte, mesmo se a interpretação caminhar no sentido de que o art. 557 é precedente ao 543-A ou de que prevalece o art. 323 do RISTF, ainda assim este trouxe uma restrição ao poder do Relator de apreciar monocrática e imediatamente o mérito recursal (art. 557, §1º-A), tendo em vista que a análise meritória apenas poderá ocorrer após a apreciação e decretação da existência de repercussão geral a ser feita pela Turma. Tal contradição envolvendo o *poder monocrático liminar do Relator* deve ser enfrentada

---

<sup>24</sup> No mesmo sentido, aponta Rodrigo Barioni: "melhor alternativa é conferir ao relator competência para, previamente, exercer o juízo de admissibilidade do recurso extraordinário, nas hipóteses do art. 557 do CPC. Em outras palavras, conclusos os autos ao relator, este poderá, *antes de levar ao colegiado a apreciação sobre a relevância da questão constitucional*, negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível ou prejudicado. Não se tratando de inadmissibilidade a ser decretada individualmente pelo relator, deverá ser submetida à consideração do órgão colegiado a questão concernente à repercussão da matéria constitucional". *O recurso extraordinário e as questões constitucionais de repercussão geral*. Reforma do judiciário. Teresa Arruda Alvim Wambier, Luiz Rodrigues Wambier, Luiz Manoel Gomes Jr., Octavio Campos Fischer e William Santos Ferreira (coords). São Paulo : Revista dos Tribunais, 2005, p. 728.

pelos operadores do direito visando estabelecer procedimento mais simples e célere de resolução dos recursos em tramitação no STF.

De outra banda, necessário destacar que a Lei 11.418/06 estabeleceu novos poderes para o Relator, para o Presidente do Tribunal<sup>25</sup> e para o próprio tribunal local em outras situações envolvendo a repercussão geral. Fala-se em ampliação dos poderes para as *causas repetidas* cuja questão constitucional já tenha sido apreciada no recurso paradigma.

Destarte, interessante é observar que a sistemática de apreciação da inexistência de repercussão geral é colegiada, mas apenas para o recurso paradigma. Achou por bem o legislador estabelecer *eficácia vinculante* à negativa de repercussão para os recursos posteriores com a mesma *questão constitucional*.

Acredita-se que, em futuro recente, aqui estará um forte instrumento de diminuição do número de recursos idênticos em tramitação junto ao Pretório Excelso. A bem da verdade, de acordo com o dispositivo legal, não importa se houve *error in procedendo* ou *in iudicando*, tão-pouco se ocorreu violação direta ao texto constitucional, a partir do momento em que o colegiado do Tribunal decidir que a questão constitucional não tem repercussão geral, *amplia-se o poder do Relator para indeferir liminarmente* outros recursos que tenha a mesma *questão constitucional*.

Trata-se, portanto de clara *eficácia vinculante às decisões que negam a existência de repercussão geral*. Assim, com o passar do tempo e a continuidade de julgamentos no STF, por certo tal dispositivo irá significar um grande e importante filtro de acesso ao Tribunal, sem que se possa falar em violação ao direito fundamental ligado ao acesso à justiça.

Com efeito, tratando-se de Tribunal Constitucional, a intenção da EC 45 foi estabelecer este filtro, também existente em outros países, para garantir a diminuição do número de acessos recursais ao STF. Logo, apenas a primeira análise da *questão constitucional* é feita pelo Colegiado que, decretando sua inexistência, passa a garantir a ampliação do poder monocrático do Relator para os casos repetidos (e também para o Presidente do Tribunal, *ex vi* do art 327 do RISTF).

---

<sup>25</sup> Em relação a este, o novo art. 327 do RISTF assegura-lhe os seguintes poderes: i) não receber recurso que faltar a demonstração fundada de repercussão geral; ii) também negar recebimento aos recursos cuja matéria carecer de repercussão geral, segundo precedente do próprio Tribunal, excetuando-se casos de revisão da tese.

Em suma, é possível afirmar que o legislador ordinário primeiramente restringiu o poder do Relator para o recurso paradigma; e, em seguida, ampliou este poder para permitir o indeferimento monocrático dos recursos repetidos, salvo se ocorrer revisão da tese (art. 543-A, §5º, do CPC e também art. 327, §1º, do RISTF), decisão esta passível de agravo.

E mais! A Lei 11.418/06, no momento em que acrescentou o art. 543-B ao CPC (bem como a Emenda Regimental 21/2007, ao alterar o RISTF) ampliou também os poderes do tribunal local para as causas repetidas e simultâneas, atingindo – quem sabe – o próprio juízo de mérito dos recursos extraordinários posteriores<sup>26</sup>.

Como mencionado anteriormente, a repercussão geral é, pelo menos para o paradigma, requisito de admissibilidade exclusivo do STF. Contudo, quando existir multiplicidade de recursos (extraordinários)<sup>27</sup> discutindo a mesma questão constitucional, é possível o seguinte procedimento: i) o tribunal local pode selecionar dois ou mais recursos que identifiquem a controvérsia e encaminhá-los ao STF; ii) no Tribunal Excelso, segue-se o procedimento já indicado para verificação da existência ou não da RG; iii) nesse ínterim, os recursos (extraordinários) repetidos ficam sobrestados no tribunal local até apreciação da repercussão geral a ser feita no(s) recurso(s) encaminhado(s) ao STF; iv) se a decretação for positiva quanto ao requisito, os recursos sobrestados terão seguimento ao STF, estando sujeitos, quem sabe, ao juízo de admissibilidade negativo pelo próprio Relator (art. 542, §1º, do CPC – exceto no que respeita a análise da repercussão geral – que já foi feita no recurso precedente)<sup>28</sup>; v) se o Tribunal Excepcional decretar a inexistência de RG, automaticamente os recursos que estavam sobrestados não serão admitidos – decisão a ser feita no âmbito do próprio tribunal local<sup>29</sup>; vi) caso o(s) recurso(s)

---

<sup>26</sup> O art. 543-B estabeleceu que estas alterações serão processadas nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, que deverá ser adaptado a esta nova realidade.

<sup>27</sup> Acredita-se que apenas poderá haver o sobrestamento dos recursos extraordinários em tramitação ainda no grau originário. A razão é simples: como a repercussão geral funciona como filtro de acesso ao STF, esta restrição não pode ser ampliada para alcançar, *v.g.*, a apelação, tendo em vista que é recurso de cognição ampla e com possibilidade de ampla discussão das questões resolvidas ou não em 1º grau. No que respeita a apelação, as restrições cognitivas estão previstas nos arts. 515 e 516 do CPC, não havendo a necessidade de demonstração da repercussão geral para garantir o julgamento do mérito recursal. Portanto, apenas os recursos extraordinários já interpostos envolvendo matéria constitucional repetida ainda em trâmite no tribunal *a quo* é que poderão ser sobrestados até o posicionamento final do STF em relação aos recursos paradigmas encaminhados.

<sup>28</sup> Enquanto não ocorrer revisão da tese consagrada no julgamento do recurso paradigma.

<sup>29</sup> Possível é observar, aqui, a clara *invasão* do STF no juízo de admissibilidade que sequer foi feito pelo tribunal local, eis que os recursos que ficaram sobrestados ainda estavam pendentes dessa apreciação. Contudo, a partir do momento que, por amostragem, o Tribunal conclui que a questão constitucional tratada não tem repercussão geral, automaticamente amplia a eficácia de tal decisão aos recursos sobrestados,

encaminhado(s) seja(m) julgado(s) em seu mérito, os extraordinários pendentes podem ter a seguinte solução junto ao tribunal local: a) possibilidade de retratação, adaptando a decisão recorrida à interpretação do STF; b) caso seja mantido o posicionamento local e admitido o recurso, o STF poderá cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada no recurso paradigma.

O item *vi* merece outras reflexões, tendo em vista que interfere no próprio poder de criação dos magistrados dos tribunais locais, bem como na própria inalterabilidade do julgado.

Destarte, visando manter o posicionamento final do STF sobre o mérito do recurso paradigma e seu alcance para os recursos que estavam sobrestados, a alteração processual admite que os tribunais possam exercer o juízo de retratação em relação às decisões colegiadas anteriormente prolatadas, reformando ou mesmo declarando prejudicados os recursos que estavam sobrestados.

Nessa hipótese, em que pese o claro encerramento da competência do relator e do colegiado com a prolatação da decisão impugnada pelo recurso extraordinário, o legislador consagrou (art. 543-B, §3º) *restabelecimento de competência* já exaurida.

A alteração legislativa provoca profunda reflexão em relação ao poder de revisão de decisões pelo próprio órgão prolator por influência de decisão externa à demanda em curso, antes ou mesmo sem a remessa ao Tribunal de hierarquia funcional superior. Trata-se, nesse particular, de mais uma exceção ao art. 463 do CPC<sup>30</sup>, aliando-se àquelas previstas nos arts. 285-A e 295 do próprio CPC.

A rigor, é possível inclusive refletir acerca da existência de uma verdadeira *transferência de competência para análise do mérito dos recursos sobrestados*.

De fato, a partir do momento em que já existem recursos extraordinários interpostos, com processamento sobrestado, a aplicação do resultado do julgamento do

---

independente de interpretação em sentido contrário da Presidência do tribunal local. Em última análise, o art. 543-B §2º do CPC, acaba por mitigar o juízo de admissibilidade previsto no art. 542, §1º, do CPC. Há, portanto, *eficácia vinculante* da decisão que reconheceu, por amostragem, a inexistência de repercussão geral.

<sup>30</sup> Aliás, no que respeita ao art. 543-B, §3º, ensinam Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina que o tribunal *a quo* poderá: "(a) retratar-se, revendo a decisão recorrida em conformidade com o que tiver decidido o STF no recurso representativo da controvérsia. Constata-se que, neste caso, está-se diante de exceção à regra do art. 463 (na redação da Lei 11.232/05), hipótese em que o recurso extraordinário sobrestado restará prejudicado (de conformidade com o §3.º do art. 543-B)...". *Breves comentários à nova sistemática processual civil 3*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2007, p. 251.

apelo paradigma a estes ocasiona uma readaptação do papel dos recursos de competência do STF.

Ora, tendo sido interposto RE, o tribunal *a quo* (na pessoa de seu Presidente e não mais do órgão prolator do acórdão recorrido) apenas seria competente para o juízo de admissibilidade (art. 542 do CPC). Contudo, a partir do momento em que estas alterações permitem a retratação para adaptar o resultado do julgado à interpretação dada pelo STF no recurso *paradigma* (julgando prejudicados ou exercendo a retratação) serão possíveis duas conclusões: a) ou o sistema processual passa a admitir que o recurso já interposto seja simplesmente considerando prejudicado (*análise de admissibilidade a ser dada pelo mesmo órgão que prolatou o acórdão recorrido e não pela Presidência*) por força da adaptação da decisão à superveniente interpretação do STF; b) ou a análise e a revisão do julgamento será em sede de *mérito do RE*, com o provimento ou improvimento deste apelo subsequente ao acórdão recorrido.

Não sendo assim, como ficará o RE sobrestado? Ao que parece, a redação legal ao aduzir que *os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais*, está consagrando não só juízo de admissibilidade, mas acaba por garantir indiretamente *juízo de mérito* aos recursos extraordinários sobrestados pelos próprios órgãos locais, redimensionando a competência que era exclusiva do STF<sup>31</sup>.

Talvez aqui, prevalecendo esta precoce interpretação, paire uma dúvida quanto a constitucionalidade deste dispositivo, eis que se encontra em contra-mão ao que dispõe o art. 102, III da CF/88.

Por outro lado, caso o tribunal local não pratique esta readaptação, o recurso, se admitido e remetido ao STF, pode ficar sujeito à análise liminar do Ministro Relator, sem necessidade de (nova) apreciação da repercussão geral ou mesmo do mérito pelo colegiado. Aliás, nessa análise monocrática, poderá ser reformada ou simplesmente cassado o acórdão local contrário à orientação firmada.

---

<sup>31</sup> A parte final do dispositivo é ainda mais intrigante. Ao prever que o tribunal pode *retratar-se ou declarar o recurso extraordinário sobrestado prejudicado* não estará (principalmente o *retratar-se*) a rigor diante de uma análise que pode ser de mérito (provimento ou improvimento do RE), eis que estará acolhendo o recurso para adaptá-lo à sua decisão anterior? Ao retratar e adaptar a decisão – em tese imutável para o órgão julgador (art. 463 do CPC) - estando já interposto o RE, não seria um indireto provimento do RE no tribunal local?

Aqui se apresenta novo instituto com eficácia vinculante, ao lado da súmula e da repercussão geral negada (art. 543-A, §5º, do CPC): a decisão do mérito do recurso paradigma terá eficácia vinculante, tendo em vista que os poderes do Ministro Relator englobam a cassação ou a reforma do acórdão contrário à orientação firmada.

Percebe-se, ademais, que a primeira apreciação da questão constitucional é paradigma e com eficácia ampla em relação aos recursos repetidos, que poderão ser rechaçados liminarmente pelo próprio relator do STF ou mesmo pelos tribunais locais.

Outrossim, a análise da multiplicidade de casos também pode partir de um procedimento do próprio STF, com reflexos nos diversos tribunais nacionais. O art. 328 do RSTF, estabelece que o Presidente do STF ou o próprio Relator (de ofício ou mediante requerimento) comunicará a multiplicidade de demandas com mesma matéria constitucional ao tribunal ou turma recursal respectiva, para a observância do art. 543-B do CPC, inclusive com possibilidade de requerer informações.

Por outro lado, prevê o § único do art. 328 do RSTF o procedimento a ser adotado quando o STF já está diante de vários recursos com idêntica controvérsia constitucional, permitindo que a seleção dos apelos paradigmas seja feita em sede excepcional, com a devolução dos demais aos tribunais ou turmas recursais de origem, aplicando-se também o art. 543-B, do CPC.

Tratam-se de novos tempos e de novos instrumentos visando melhorar a tramitação recursal e a tutela jurisdicional para os casos repetidos. Apenas o tempo, e a prática forense irão responder se estas alterações serão efetivos instrumentos de melhoria da prestação jurisdicional.

# **BREVE RELATO HISTÓRICO DAS REFORMAS PROCESSUAIS NA ITÁLIA.**

## **UM PROBLEMA CONSTANTE: A LENTIDÃO DOS PROCESSOS CÍVEIS**

***Leonardo Faria Schenk***

*Mestre e doutorando em Direito Processual pela UERJ. Professor de Direito Processual Civil da UNESA e da EMERJ. Advogado.*

1. Introdução; 2. A universalidade do problema com a lentidão dos processos e os movimentos de reforma na Europa; 3. A lentidão dos processos cíveis na Itália e as reformas no processo de conhecimento; 4. O caso Capuano. A primeira condenação da Itália na Corte Européia de Direitos do Homem por violação ao direito à razoável duração dos processos (art. 6º da Convenção); 5. Ainda as reformas; 6. Século XXI. Novos ares, velhos problemas; 7. Os efeitos da adoção obrigatória de um remédio interno para a reparação dos danos causados pela longa duração dos processos (a Lei Pinto); 8. Conclusão; Bibliografia.

### **1. Introdução**

O estudo observará o curso recente da história do processo de conhecimento na Itália, suas constantes reformas e os inevitáveis reflexos na lentidão dos processos cíveis.

Em breve desvio, abordará os detalhes do primeiro caso em que a Itália foi condenada na Corte Européia de Direitos Humanos por desrespeitar o direito à razoável duração dos processos.

Na parte final, serão observadas as medidas legislativas internas adotadas para tentar reduzir o excessivo número de condenações sofridas pelo Estado italiano na Corte Européia desde então, pelo mesmo e incômodo fundamento, bem como noticiados os seus efeitos práticos e as preocupações recentes.

## 2. A universalidade do problema com a lentidão dos processos e os movimentos de reforma na Europa

O desenvolvimento fragmentário e descontínuo do procedimento comum europeu foi indicado por CAPPELLETTI como uma de suas marcantes características históricas.<sup>1</sup>

O espaço deixado pela ausência de um juiz atuante era comumente preenchido pelas partes ou, antes, por seus advogados, senhores quase absolutos da marcha processual. A conseqüência, também comum, era o convívio com inúmeros retardos na marcha dos processos.

De modo geral, buscou-se resolver o problema com a fixação de termos peremptórios para a prática dos atos processuais. Mas ao se impor a imediata impugnação das decisões, fossem elas parciais ou mesmo sobre aspectos secundários do processo, sob pena de preclusão, o efeito prático gerado foi uma ainda maior fragmentação do procedimento.

O resultado normal de um processo civil na Europa era, portanto, segundo o autor, a proliferação de procedimentos acessórios, tal como o tronco de uma árvore, do qual brotam inúmeros ramos.

Do conjunto dessas características históricas resultava uma outra, a rigor mais uma conseqüência das anteriores do que característica em si, consistente na longa duração dos processos cíveis. Procedimentos que se arrastavam por mais de uma década não eram raridade.

Após a Revolução Francesa um movimento de reformas teve início. A situação anterior era insustentável!

Para CAPPELLETTI, o movimento reformador foi, na verdade, a expressão genuína das exigências de uma nova sociedade liberal e burguesa, o produto natural da nova cultura e estrutura econômica da Europa no século XIX e no início do século XX. Enquanto obra coletiva e social, o movimento reformador não pode ser atribuído a algumas

---

\* Mestre e doutorando em Direito Processual pela UERJ. Professor de Direito Processual Civil da UNESA e da EMERJ. Advogado.

<sup>1</sup> CAPPELLETTI, Mauro. Aspectos sociales y políticos del procedimiento civil, *in* **Proceso, ideologias, sociedad**, ed. EJE, Buenos Aires, 1974, p. 38-41.

poucas grandes personalidades. A elas coube, é bem verdade, por sua percepção e habilidade, a tarefa de interpretar as novas exigências sociais e propor soluções adequadas.

Soluções adequadas foram encontradas e implementadas, no que diz respeito à duração dos processos cíveis, por países como a Alemanha, a Áustria e a Suécia. Em tais ordenamentos, poucos meses eram suficientes para a solução da grande maioria dos feitos. Segundo relata, apenas uma pequena parcela dos feitos chegava, em tais países, à época, a um ano de tramitação.<sup>2</sup>

Para outros, contudo, a implementação das reformas ou não foi imediata ou os efeitos por elas produzidos não foram os esperados.

Na Itália, naquele momento histórico, a duração média de um processo no primeiro grau de jurisdição ficava entre longos dezoito e vinte e oito meses. Também a Espanha e França, esta em certa medida, tinham uma justiça que se assemelhava a um relógio emperrado, que para trabalhar por alguns segundos precisava ser sacudido e golpeado.<sup>3</sup>

A excessiva duração dos processos cíveis era uma praga que assolava a Justiça em diversos países já nos idos dos séculos XIX e XX.

### **3. A lentidão dos processos cíveis na Itália e as reformas no processo de conhecimento.**

Na Itália, como se pôde ver, a longa duração dos processos faz parte da história.

No ponto, estudo realizado CIPRIANI sobre os problemas do processo de conhecimento italiano entre o passado e o presente auxilia, sobremaneira, na compreensão de algumas das inúmeras causas do problema.<sup>4</sup> De forma resumida, o autor aborda os avanços e retrocessos da Justiça civil italiana no período que se inicia em

---

<sup>2</sup> CAPPELLETTI. Obra citada, p. 45-49.

<sup>3</sup> A ilustração, sempre referida, é atribuída ao jurista austríaco A. Menger. CAPPELLETTI. Obra citada, p. 49, em nota de rodapé.

<sup>4</sup> CIPRIANI, Franco. “I problemi del processo di cognizione tra passato e presente”, in **Il processo civile nello stato democratico - saggi**, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006, p. 27-50. As próximas informações históricas se apoiarão nesse texto. Quando relevante, a página será indicada.

meados do século XIX e avança até o início do século XXI, deixando evidente, mais uma vez, que o processo é um reflexo dos acontecimentos sociais, cujos contornos sempre foram marcados pelos traços intelectuais e pelas escolhas políticas de cada época.<sup>5</sup>

Restringindo a análise ao período recente, o código de processo civil italiano de 1940, em especial, deu causa a vários problemas. Afirmo CIPRIANI que essa reforma (de 1940) teria sido realizada para ajustar o regramento processual civil aos princípios da revolução. Por ela, os direitos das partes foram drasticamente reduzidos, enquanto a posição dos juízes ganhou reforço com uma gama considerável de novos poderes discricionários. A partir de então, para exemplificar, podiam os magistrados fixar a primeira audiência conforme a sua vontade; decidir se as partes poderiam apresentar novas exceções ou requerer novos meios de prova; convocar as partes para interrogatório independentemente do estado do processo e grau de jurisdição; efetuar inspeção pessoal não apenas das partes, mas de terceiros; tentar a conciliação; emanar ordens revogáveis e modificáveis, mas não impugnáveis; além da possibilidade de exigir do autor da demanda o oferecimento de uma caução idônea para o pagamento das despesas processuais.

Esse último instituto, em especial, bem demonstrava a lógica daquele código. Enquanto o anterior tratava os problemas da justiça do ponto de vista do litigante que a buscava, o fruto da reforma de 1940 os abordava pelo ângulo oposto, do ponto de vista da justiça a ser ofertada. Em síntese lapidar, afirma que era como se o hospital, ao invés de ser construído para os enfermos, fosse construído para os médicos.<sup>6</sup>

O código de processo de 1940 também trouxe uma série de prazos peremptórios, com a intenção de fazer com que as partes adotassem uma postura ativa na condução da marcha processual. O não atendimento dos termos levava a extinção *ex officio* do processo.

Aspecto relevante dessa reforma foi a previsão dos chamados juízes instrutores. Com eles a frente da instrução dos processos, sem poderes decisórios sobre o mérito, a Justiça civil italiana passou a funcionar com dois graus dentro da primeira instância (um monocrático, que instruía a causa, e outro colegiado, que a julgava), dando vida a um sistema sem precedentes na milenar história do processo civil.

---

<sup>5</sup> CAPPELLETTI. Obra citada, p. 89.

<sup>6</sup> “*Che è come se gli ospedali, anziché essere costruiti per gli ammalati, fossero costruiti per i medici*”. CIPRIANI. Obra citada, p. 35.

Por essa razão, para CIPRIANI, a previsão dos juízes instrutores, pensada como eixo da reforma, na verdade foi fruto de grave engano técnico do legislador.

O processo civil italiano deixou de se desenvolver perante o tribunal para se desenvolver diante de um juiz instrutor, que não podia influenciar com o seu ofício no resultado da demanda, devendo apenas instruí-la e prepará-la para, na sequência, fazer a remessa ao colegiado, órgão competente para o julgamento do mérito. Por lógica, o trabalho do colegiado não foi desafogado e as partes foram lançadas a um processo sem um juiz verdadeiro! Apenas o instrutor tinha acesso ao colegiado. As partes, portanto, só no modo de dizer, tinham acesso ao tribunal.

Ante o cenário trazido pelo código de 1940, a falência do processo civil de conhecimento na Itália foi quase imediata a sua entrada em vigor, em 21 de abril de 1942.

Alguns motivos foram indicados como determinantes para esse resultado: a designação da primeira audiência era retardada por vários Tribunais de nove meses a dois anos; o juiz instrutor, elo de ligação entre as partes e o colegiado, revelou-se um verdadeiro entrave aos que dependiam da justiça e tinham pressa; a forte redução das garantias processuais, com a impossibilidade de impugnação antes da sentença, ressalvados alguns casos; e também o sistema de rígidos prazos e preclusões, não porque tenham influenciado de forma direta no tempo do processo, mas principalmente porque viabilizavam o alcance de uma sentença injusta. Na época, os advogados se rebelaram principalmente contra a figura do juiz instrutor. Dessa feita, diversamente dos resultados alcançados em outros períodos da história do processo civil italiano,<sup>7</sup> eles obtiveram muito pouco.

Para o CIPRIANI, a dicotomia entre instrutor e colegiado era inconstitucional e comportava conseqüências antieconômicas indefensáveis. Elas vão desde a divisão do processo em fases ao risco de que uma questão relevante não seja encaminhada ao colegiado, ou mesmo que ao colegiado apenas cheguem pontos irrelevantes.

Depois do fim da guerra e da queda do fascismo, vozes se ergueram a favor de um novo código. Os advogados reuniram-se com o Conselho Nacional Forense, presidido

---

<sup>7</sup> O legislador italiano instituiu em 1912-13, com a supervisão de Lodovico Mortara, o juízo único (monocrático) de primeiro grau em matéria cível. Essa reforma desencadeou uma gritaria nos Tribunais. Uma greve dos advogados garantiu ao juízo único em primeiro grau apenas um ano de vida, demonstrando que as reformas que não expressam interpretação da exigência prática dos operadores são verdadeiros saltos no escuro. Delas, 99 de 100 são destinadas ao insucesso. CIPRIANI. Obra citada, p. 31.

por Piero Calamandrei, autor do código de 1940. Fruto de muitas discussões, a Lei n.º 581, de 14 de julho de 1950, enfim alterou o código de processo civil.

Em resumo, a reforma de 1950 reprimiu a citação para uma audiência fixa; suprimiu o regime das preclusões e os relativos poderes discricionários do juiz instrutor, admitindo a recorribilidade das suas decisões, bem como da sentença não definitiva; além de alterar o regime da apelação e a disciplina da iniciativa processual.

Esse período da história comportou inúmeras e relevantes mudanças.

A constituição republicana havia entrado em vigor dois anos e meio antes, com inúmeras normas fundamentais sobre o desenvolvimento dos processos. Também a Convenção Européia de Direitos do Homem, datada de 1950, entrou em vigor na Itália em 1955, prevendo, em seu art. 6º, o direito humano a um processo em prazo razoável, disposição considerada, por muitos e por longo tempo, como simples norma programática.

Em 1956 entrou em funcionamento a Corte Constitucional. Contudo, ao invés de o código de processo civil ser lido à luz da Constituição, afirma CIPRIANI que, por algum tempo, por força da resistência, a Constituição é que continuava a ser lida à luz do código<sup>8</sup>.

No final dos anos sessenta, a lentidão e a extensão do processo ordinário deram ensejo a respeitáveis estudos criticando o código de processo civil, principalmente por promover uma profunda desvalorização do juízo de primeiro grau e glorificar o exercício da colegialidade, além de impedir a fixação de termos peremptórios pelo juiz para fazer com que o processo pudesse alcançar logo a sentença.

Nos anos setenta, a duração dos processos foi exacerbada!

Em sua segunda metade, a situação se complicou com o aumento do número de causas cíveis em trâmite junto aos pretores e Tribunais. A quantidade adia, de modo quase inevitável, a prolação das decisões. Na época, temendo responder processo disciplinar caso não depositassem a decisão em até 60 dias, os juízes começaram a prolongar a audiência colegiada de discussão, driblando, assim, o termo inicial do prazo (a audiência).

---

<sup>8</sup> Um dos exemplos citados foi a declaração de inconstitucionalidade do art. 98, do CPC, que previa a caução pelo autor para as despesas. O instituto, mesmo ultrapassado, por remontar ao código de 1905, recebeu calorosa defesa de parte da doutrina, que se posicionava a favor do código, a ponto de se afirmar que a Constituição, em seu art. 24º, 2º, trazia norma substancialmente incompleta ou supérflua. CIPRIANI. Obra citada, p. 45.

Pouco adiante, na segunda metade dos anos oitenta, dois acontecimentos marcantes se seguiram. Um deles, em 1986, quando a Corte Constitucional admitiu a revisão de um julgado da Corte de Cassação, inaugurando nova e importante garantia processual, ainda que não fundamental, mas significativa e cívica. O outro, especialmente importante para o presente estudo, se passou no ano de 1987, com a primeira condenação da Itália pela Corte Européia de Direitos do Homem, em razão da lentidão dos processos cívicos.

Por sua relevância, a linha evolutiva das reformas na Itália sofrerá aqui pequeno corte para a abordagem dos detalhes desse histórico julgamento, sede em que as principais bases teóricas da Corte Européia de Direitos do Homem para a análise das possíveis violações ao direito a um processo em prazo razoável foram reafirmadas.

#### **4. O caso Capuano. A primeira condenação da Itália na Corte Européia de Direitos do Homem por violação ao direito à razoável duração dos processos (art. 6º da Convenção)**

Segundo o relato dos fatos constante da histórica decisão,<sup>9</sup> a Sra. Glória Capuano, moradora de Roma, adquiriu em 24 de julho de 1971, para veraneio, um pequeno apartamento com terraço e vista para o mar em Potenza, também na Itália. Tempos mais tarde, a construção de outros apartamentos pelo anterior proprietário prejudicou o acesso da Sra. Capuano à praia, onerando também a servidão inicialmente estabelecida entre as partes.

Inicialmente, a Sra. Capuano registrou reclamação em sede administrativa contra o vendedor, por se tratar de construção sem o atendimento das formalidades legais. Consta que em 9 de março de 1974, como resultado dessa reclamação, uma multa foi aplicada pelas autoridades ao anterior proprietário, responsável pela obra irregular. Nessa sede, contudo, à vítima não era dado reclamar indenização em nome próprio.

Assim, em novembro de 1976, a Sra. Capuano convocou o vendedor e os quatro compradores das novas unidades para uma audiência no Tribunal Distrital de

---

<sup>9</sup> CEDH. Caso Capuano v Itália. Sentença datada de 25/06/1987. Disponível em: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=20282982&skin=hudoc-en&action=request>. Acesso em 10/01/2009.

Potenza, marcada previamente para o dia 10 de janeiro de 1977. Em resumo, o objetivo da demanda era fazer com que as obras que oneravam de modo não razoável a sua propriedade fossem demolidas.

A maratona judicial em busca de uma justa reparação para os danos sofridos tinha sido iniciada!

Já a primeira audiência foi adiada para se realizar a citação de um dos compradores que moravam em Roma. Novos adiamentos, ocasionados por problemas com as partes e os seus patronos, retardaram a marcha processual.

Depois de algum tempo, sobreveio a produção da prova pericial, com a inspeção marcada para o dia 23 de abril de 1978, mas realizada apenas em 17 de maio do mesmo ano, por não ter sido possível acessar a todo o prédio. O atraso interferiu na entrega do laudo e dos pareceres das partes, atrasando as audiências, que eram sempre adiadas.

Em 12 de julho de 1978 um novo juiz foi designado para preparar o julgamento. Apenas em 12 de junho de 1979 um dos réus impugnou o laudo pericial e pediu prazo para apresentar parecer complementar. Novas discussões ocorreram, resultando no sobrestamento do feito até 12 de fevereiro de 1980.

Em abril de 1980, foi determinada a apresentação de um laudo complementar pelo perito. Esse laudo, contudo, mesmo cobrado pelo juízo em várias oportunidades, só foi depositado em cartório em 25 de março de 1982. Antes disso, o juiz da causa foi transferido, fazendo com que uma nova audiência fosse marcada para 4 de maio de 1982, oportunidade em que o advogado da Sra. Capuano cobrou uma decisão sobre o mérito. A postulação, contudo, não produziu resultado imediato!

Um dos adversários postulou nova inspeção no prédio, reservando-se o direito de apresentar novo parecer particular. Ouvidas as partes e deferida tal prova, não sem muitas discussões, uma nova audiência foi marcada para o dia 1º de março de 1983.

Enfim, a sentença foi prolatada em 14 de julho de 1983. E as partes recorreram.

Em sede recursal, as primeiras audiências só tiveram lugar em 27 de novembro de 1984 e 25 de janeiro de 1985. A ausência das testemunhas indicadas e a doença de um dos advogados fizeram com que, dentre outros atropelos, a prática do ato processual apenas ocorresse em 29 de abril de 1987.

De acordo com as informações prestadas à Corte Européia, em 25 de julho de 1987, quando do julgamento do caso da Sra. Capuano, o Tribunal de Recursos italiano ainda não havia decidido a causa.

A lentidão do processo levou a Sra. Capuano a apresentar reclamação contra a Itália na Comissão em 21 de dezembro de 1980. A admissibilidade do pleito foi reconhecida em 03 de outubro de 1983, por decisão unânime, no ponto, entendendo plausível a violação do art. 6º, §1º, da Convenção Européia de Direitos do Homem.

Na Corte, portanto, a histórica contenda girou em torno da suposta violação do direito a uma audiência por um tribunal dentro de um prazo razoável.

Detalhando um pouco o pleito e suas discussões, consta que as partes não controverteram sobre o período a considerar para a aferição da razoável duração do processo. O marco inicial foi o dia 10 de janeiro de 1977, quando da primeira audiência marcada no Tribunal Distrital de Potenza. O termo final não foi definido, pois, como relatado, na data do julgamento pela Corte, o processo da Sra. Capuano contra o vendedor do apartamento e os adquirentes das novas unidades ainda estava em curso no ordenamento interno italiano. De qualquer modo, ainda que sem a definição do termo final, estava em debate um lapso que já ultrapassava dez anos e quatro meses.

Reafirmou a Corte, logo no início do julgamento, que a razoabilidade da duração dos processos deve ser avaliada de acordo com as circunstâncias do caso concreto e tendo em conta os critérios estabelecidos na sua jurisprudência.<sup>10</sup>

Para afastar a sua responsabilidade, o Governo italiano sustentou que o processo civil é regido, em seu território, pelo princípio dispositivo, cabendo às partes o poder de iniciar e de determinar o curso da marcha processual. A alegação foi rechaçada pela requerente. No ponto, afirmou o Tribunal Europeu que a Convenção, reconhecidamente, não impedia que os seus membros contratantes apoiassem o processo

---

<sup>10</sup> A jurisprudência da Corte Européia revela que a Convenção tem por finalidade proteger direitos não teóricos ou ilusórios, mas, sobretudo, concretos e efetivos (CEDH, caso Imbrioscia, de 24 nov. 1993). Da disposição lançada no artigo 6, I, da Convenção, colhe-se a orientação no sentido de que a Justiça não deve ser administrada com retardos suscetíveis de comprometer sua eficácia e credibilidade, consagrando, assim, o princípio geral da boa administração da Justiça. (casos Vernillo, de 20 fev. 1991; Moreira de Azevedo, de 23 out. 1990; H. v. França, de 24 out. 1989; Boddaert, de 12 out. 1992). O direito genérico à justiça, proclamado no artigo 6º, I, da Convenção, e, dentre as suas facetas, o direito à razoável duração dos processos, tem sido interpretado pela Corte como um direito de capital importância para as sociedades democráticas, por seu sentido e objeto, devendo, por essas razões, ser considerado, sempre, em sua concepção material (e não apenas formal) e de forma ampla. (casos Deweer, de 27 fev. 1980 e Delcourt, de 17 jan. 1970).

civil no princípio dispositivo, do mesmo modo que, por outro lado, também não os dispensava de manter tribunais com capacidade de assegurar o cumprimento do disposto no seu art. 6º, §1º, quanto à razoável duração dos processos. Além do mais, no específico caso italiano, o art. 175 do código de processo civil então em vigor dispunha que ao juiz cabia a preparação do processo para julgamento, devendo tomar todas as medidas possíveis para assegurar maior rapidez. Assim, a questão do princípio dispositivo, suscitada pela Itália, ficou superada.

Seguindo na análise, o caso não foi reputado complexo, observados os fatos e a legislação a ele aplicável, com o que se afastou da hipótese a complexidade do assunto como causa atenuante ou mesmo excludente da responsabilidade estatal. Ao avaliar a conduta das partes, observando os critérios fixados pela sua jurisprudência, a Corte entendeu que a Sra. Capuano, no geral, demonstrou a esperada diligência na condução do processo, sendo responsável apenas em parte pequena para o arrastamento da sua marcha.

Por outro lado, reconheceu que a conduta das autoridades judiciais deu azo aos inúmeros atrasos. Muito se discutiu para a definição da responsabilidade pelos retardos envolvendo a produção da prova pericial. Para o Estado, cabia a Sra. Capuano, enquanto interessada, postular a substituição do perito ou mesmo contra ele representar junto ao Ministério Público. A Corte, contudo, entendeu que o dever de controlar e impulsionar a produção da prova era do próprio Estado-juiz, autorizado, inclusive, a agir de ofício em tais hipóteses pela legislação processual civil italiana. Assim, a responsabilidade pelos retardos envolvendo a prova pericial recaiu, quase que inteiramente, sobre o Estado italiano.

Passados mais de quatro anos desde que interpostos os recursos, entendeu a Corte desnecessária a análise das suas fases e mesmo a emissão de uma opinião a respeito do andamento do processo em segunda instância na Justiça italiana, tendo em conta que a soma desse período com o tempo de tramitação na instância inferior revelava, por si, uma duração excessiva.

Por tudo, concluiu a Corte pela responsabilidade da Itália pela excessiva duração do processo,<sup>11</sup> reconhecendo a existência de violação ao art. 6º, § 1º, da

---

<sup>11</sup> Foi afastado o prévio esgotamento dos recursos internos, requisito comum de admissibilidade das reclamações pela Corte Européia. Para maiores informações sobre o assunto, cf.: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **O esgotamento de recursos internos no Direito Internacional** [Versão resumida de

Convenção, bem como consequentes danos patrimoniais, ligados às perdas financeiras experimentadas pela Sra. Capuano, e outros não patrimoniais, provocados pela prolongada incerteza e ansiedade envolvendo o resultado e as repercussões do processo.

Assim, por unanimidade, o Estado italiano foi condenado, pela primeira vez na história, como anunciou CIPRIANI, a pagar a uma cidadã italiana uma soma de oito milhões de liras,<sup>12</sup> arbitrada com apoio em bases equitativas, uma vez que os elementos da causa não permitiam a quantificação exata dos danos sofridos em razão da excessiva duração do processo.

## 5. Ainda as reformas

Fechado o parêntese, retomando o curso histórico das reformas na Itália, ainda na década de oitenta ganhou destaque a notícia, em um congresso de processualistas, de que uma causa cível levava três anos para ser remetida ao colegiado. A reação ao velho e conhecido problema foi imediata, com a nomeação de uma comissão composta por Giovanni Fabbrini, Andrea Proto Pisani e Giovanni Verde, incumbida de dar solução ao processo civil.<sup>13</sup>

Anos de estudo se seguiram, com propostas e contrapropostas, até se chegar a terceira grande reforma do código em 1990. Além de retocar a estrutura do antigo diploma aqui e acolá, o legislador redesenhou, na oportunidade, todo o procedimento ordinário. Acreditava-se, segundo relata CIPRIANI, que o problema central se encontrava na fase inicial do procedimento, logo na primeira audiência, com os seus reflexos para a longa duração dos processos.

Contudo, as soluções pensadas, com apoio em uma postura amistosa das partes, encontraram resistência na própria natureza do processo civil, chamado por CIPRIANI de um organismo de luta, verdadeira sede de batalhas, campo em que se revela natural a pressa de quem tem razão e a calma, em contrapartida, da outra parte. Também

---

Obra Agraciada com o Prêmio Yorke, Outorgado pela Faculdade de Direito da Universidade de Cambridge, Inglaterra, em 1979]. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1984.

<sup>12</sup> Na atualidade, apenas para referência, sem considerar as atualizações monetárias e outras variações econômicas, o valor nominal de oito milhões de liras corresponderiam a aproximadamente: quatro mil e quinhentos euros; cinco mil e seiscentos dólares americanos; e treze mil e quatrocentos reais.

<sup>13</sup> CIPRIANI. Obra citada, p. 50-68.

para o juiz, para quem sentenciar nunca foi um momento dos mais agradáveis e relaxantes, era natural o escalonamento do trabalho no tempo.

Essa reforma foi levada a efeito sem tomar em consideração o número de juízes, entendendo que o problema era apenas processual. Ocorre que, antes de tudo o problema era estrutural, ligado à proporção entre o número dos juízes e das causas. Isso porque um número gerenciável de causas sempre condicionou de modo inevitável o alcance de uma justiça prestada em tempo razoável.

Além disso, a reforma de 1990 eliminou da norma o colegiado, porém deixou mais longas as fases do procedimento. Pouco depois, a mini reforma de 1995, a pretexto de mitigar a preclusão, acabou criando uma inevitável pluralidade de audiências, mesmo diante de um instrutor monocrático.

Em suma, tudo acabava refletindo de forma direta na duração dos processos cíveis, como identificou CAPPELLETTI.<sup>14</sup>

Pequenas reformas se seguiram<sup>15</sup> até a inclusão, em 1999, do princípio do processo *justo* no art. art. 111 da Constituição italiana, assegurando que a jurisdição deve atuar por meio de um processo adequado regulado pela lei, desenvolvendo-se em contraditório entre as partes, em condições de igualdade, e presidido por um juízo independente e imparcial. Coube a lei assegurar a razoável duração dos processos.

A nova disposição constitucional se colocou em sentido oposto à lógica do código de processo civil italiano de 1940. Enquanto o código estava preocupado em elevar a autoridade e aumentar os poderes dos juízes, a Constituição se preocupou em tutelar os direitos da pessoa humana e concebeu o juiz como um órgão do processo, um instrumento para oferecer justiça a quem a pede. As partes passaram a ter direito de ação e de defesa em todas as fases e graus de jurisdição. Os juízes, independentes e imparciais, passaram a ter o dever de sempre observar o contraditório. Com isso, o contraditório deixou de ser

---

<sup>14</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Aspectos sociales y políticos del procedimiento civil**. Obra e páginas citadas.

<sup>15</sup> Com a explosão da demanda pela justiça (litígios de massa, decorrentes de uma sociedade industrializada), em 1997 foram instituídas junto aos tribunais as seções de redução/liquidação (*stralcio*) e previstos os juízos honorários agregados (*giudici onorari aggregati*). Muitas causas, algumas de grande importância, foram afetadas ao juízo honorário para uma prévia tentativa de conciliação e decisão com força executiva. Era evidente a redução nas garantias das partes, mas, em contrapartida, o número de sentenças aumentou. CIPRIANI. Obra citada, p. 57.

apenas um componente do direito das partes e se tornou, como afirma CIPRIANI, um limite aos poderes dos juízes, um verdadeiro instrumento operativo.<sup>16</sup>

Ao prever que a lei assegurará a duração razoável dos processos, entende o autor que essa disposição deve ser conformada com as garantias constitucionais da ação e da defesa. Por conseqüência, não parece crível que o processo civil não deva ter pausas. Também as remarcações das audiências não serão suprimidas, porém reguladas e disciplinadas, como se deu há cem anos.

No final do ano de 2001, com a intenção de reformar o código de processo civil, uma nova comissão foi nomeada na Itália, presidida por Romano Vaccarella, da qual resultaram 63 propostas de alteração do diploma processual, identificadas por CIPRIANI como uma respeitável volta as idéias de 1973 e 1990.<sup>17</sup>

## **6. Século XXI. Novos ares, velhos problemas**

Nos termos do art. 6º da Convenção Européia de Direitos do Homem, há para os países membros do Conselho da Europa um verdadeiro dever de resultado no que diz respeito a assegurar uma justiça em prazo razoável.

A Convenção, firmada no Conselho da Europa em 1950, e alterada posteriormente por diversos protocolos para a ampliação dos direitos, constitui, como é sabido, verdadeira referência na evolução do direito internacional, influenciando não apenas a Europa, mas os diversos países preocupados com a proteção dos direitos humanos.

Cuida-se, tecnicamente, de um tratado internacional dotado de uma característica particular, consistente na previsão de um mecanismo autônomo de proteção dos direitos e das liberdades previstos no texto, por meio de um órgão jurisdicional que controla a sua aplicação, chamado de Corte Européia de Direitos do Homem.

---

<sup>16</sup> CIPRIANI, obra citada, p. 59.

<sup>17</sup> Dois exemplos: a readmissão das novas alegações em grau de apelação e a liberação do juiz de providências meramente ordinárias nas audiências, que alongam o tempo do processo, por não lavarem em consideração as peculiaridades do caso concreto. O autor aduz, contudo, que não se pode confrontar a tendência de outros países, como a Inglaterra, de reforço dos poderes dos juízes, à pretendida racionalização italiana, notadamente porque cada um deles partiu de pontos diversos de observação, fincados em realidades também distintas. CIPRIANI, obra citada, p. 61.

Pela porta aberta pelo caso da Sra. Capuano na Corte Européia, nos idos de 1987, muitos outros passaram. Em 2001, pendiam de admissibilidade contra a Itália aproximadamente 12.000 recursos alegando a violação das normas da Convenção Européia.<sup>18</sup>

A situação, portanto, no início do século XXI, era novamente insustentável.

O relatório de abertura dos trabalhos da Corte Européia, no ano 2000, dedicou um longo parágrafo ao problema da Justiça italiana, com referência às sistemáticas violações do art. 6º da Convenção. Chegou-se a um ponto que a Corte, em inúmeras decisões, praticamente não fundamentava as condenações impostas em razão da longa duração dos processos, por entender existente verdadeira presunção de responsabilidade do Estado.

A longa duração dos processos cíveis chegou a ameaçar de suspensão o direito de voto da Itália no Conselho da Europa.<sup>19</sup>

## **7. Os efeitos da adoção obrigatória de um remédio interno para a reparação dos danos causados pela longa duração dos processos (a Lei Pinto)**

Nesse cenário, sob as lentes do Conselho da Europa, o Estado Italiano foi obrigado a adotar, no menor tempo possível, uma lei que, por um lado, fornecesse adequado remédio interno para as violações ao art. 6º da Convenção, servindo como filtro para as reclamações encaminhadas diretamente à Corte, e, de outro, que permitisse a redução do grande número de recursos ainda pendentes do juízo de admissibilidade na esfera internacional.<sup>20</sup>

Em 24 de março de 2001, com a chamada Lei Pinto (n.º 89), em vigor desde 3 de abril daquele ano, o legislador italiano pretendeu dar aplicação, no âmbito interno, ao art. 6º da Convenção, na parte em que assegura a razoável duração dos processos,

---

<sup>18</sup> CIPRIANI. Obra citada, p. 60.

<sup>19</sup> ROMANO, Giovanni; PARROTTA, Domenico Antonio; LIZZA, Egidio. **Il diritto ad un giusto processo tra corte Internazionale e corte nazionali. L'equa riparazione dopo la legge pinto**. Cosa & Come, Giuffrè Editore, 2002, p. 12.

<sup>20</sup> ROMANO. Obra citada, pp. 11-15.

reconhecendo ao interessado o direito a uma justa reparação para os danos patrimoniais ou não patrimoniais experimentados com a duração excessiva dos feitos.

Em boa parte, a intenção do legislador italiano foi nacionalizar o procedimento para a obtenção de uma justa reparação pelos danos sofridos em consequência da desmedida duração dos processos.

A pressa do legislador e as alterações na forma e na substância do projeto original da Lei Pinto, explicam as suas deficiências. A técnica legislativa adotada também não escapou de duras críticas. Para cumprir as obrigações assumidas com a ratificação da Convenção, melhor seria o ataque direto às causas do problema, prevendo mecanismos de aceleração dos processos, do que a simples instituição de um novo procedimento reparatório, também contencioso.

Faltava confirmar os resultados práticos da medida, enquanto efetivo remédio interno, capaz de obstar o acesso direto pelo prejudicado à Corte.

As violações às normas da Convenção são sempre atribuídas direta e unicamente aos Estados membros. As reclamações à Corte, em observância ao princípio de demanda, exigem, por orientação do princípio da subsidiariedade, o prévio esgotamento dos recursos previstos na ordem interna, como verdadeiro requisito de admissibilidade, os quais devem ser tentados ainda que sobre eles pendam dúvidas sobre a sua eficácia.

No caso *Brusco*, de 6 de setembro de 2001, a Corte reconheceu que o mecanismo interno de reparação da Lei Pinto era eficaz para a proteção do direito humano à razoável duração dos processos, devendo, assim, ser previamente tentado pelos interessados. Inclusive aqueles que buscaram a proteção direta antes de a entrada em vigor da lei nacional, por força do princípio da subsidiariedade, deveriam passar primeiro pela via interna.<sup>21</sup>

A Corte reconheceu, na oportunidade, a real possibilidade de se alcançar uma justa reparação no ordenamento interno italiano e afirmou que, embora a comprovação dos requisitos de admissibilidade da reclamação se faça no momento da sua propositura, em hipóteses excepcionais, como a prevista no art. 6º da referida lei italiana, que previa a

---

<sup>21</sup> ROMANO. Obra citada, p. 21. No mesmo sentido: DI NICOLA, Francesco de Santis. Fra Roma e Strasburgo, alla ricerca dell'«equa riparazione» per il danno non patrimoniale da irragionevole durata del processo, p. 7. In Revista Eletrônica **Judícium**. Disponível em: [http://www.judicium.it/ricerca/contatti\\_glo.htm](http://www.judicium.it/ricerca/contatti_glo.htm). Acesso em 06.03.2009.

possibilidade de retorno à Justiça interna dos casos ainda não admitidos pela Corte, era possível a análise em momento posterior.

A partir de então, com apoio em tais fundamentos, os recursos pendentes do juízo de admissibilidade na Corte foram inadmitidos. A redução das reclamações contra a Itália se deu em grande número.

Os problemas, contudo, não foram resolvidos.

A Lei Pinto prevê em favor da parte uma justa reparação nos casos de violação do direito à duração razoável do processo, seja para danos de natureza patrimonial ou não patrimonial, o primeiro carecendo de alegação e de prova, enquanto o segundo se tem por demonstrado *in re ipsa*.<sup>22</sup>

A liquidação do dano não patrimonial, contudo, deveria seguir os parâmetros da jurisprudência da Corte Européia, pelos quais a fixação costuma observar a cifra entre 1.000 e 1.500 euros por ano de retardo, chegando a 2.000 nos casos em que o direito debatido é muito relevante.

Logo se estabeleceu uma divergência no período a considerar para o cálculo das indenizações. Enquanto a Corte Européia incluía na fixação da indenização todo o período do processo (no cível, em geral, a partir do ajuizamento, e no criminal, a partir da primeira acusação), a Justiça interna italiana, por outro lado, observando as disposições da Lei Pinto, apenas considerava o período que excedia ao da razoável duração do processo.<sup>23</sup>

A diferença, fundamental para a integral reparação da violação, fez com que as reclamações voltassem a ser admitidas diretamente pela Corte Européia, sem o prévio esgotamento da recém inaugurada via interna.

O panorama apenas foi alterado em 2004, com a mudança de postura pela Corte de Cassação italiana.

No julgamento do caso *Riccardi Pizzati*, em 10 de novembro daquele ano, a Corte Européia reconheceu que, em razão da nova postura quanto à liquidação do dano, com a plena observância dos seus parâmetros, a Cassação italiana passou a fornecer

---

<sup>22</sup> RECCHIA, Carlo. *Il danno da non ragionevole durata del processo ed equa riparazione*. Giuffrè Editore, 2006, p. 118.

<sup>23</sup> RECCHIA. Obra citada, p. 131.

efetiva tutela aos cidadãos, tornando-se necessário, desde então, o prévio esgotamento dos recursos internos.<sup>24</sup>

Antes da mudança nos critérios de cálculo pela Cassação, a Corte Européia admitia os recursos dos cidadãos italianos por não reconhecer no ordenamento interno remédio efetivo de tutela. Havia, assim, liberdade na escolha da estratégia processual, se pelo recurso interno para a Cassação, ou se diretamente para a Corte impugnando desde logo a decisão de uma das Cortes dos Territórios.

A sentença interna paradigma é datada de 26 de janeiro de 2004,<sup>25</sup> termo final da admissibilidade dos recursos diretos para a Corte Européia. Apenas os recursos diretos interpostos contra as sentenças prolatadas antes dessa data passariam pelo juízo de admissibilidade. Os posteriores, por outro lado, foram inadmitidos de plano.

Com isso, a Corte Européia retomou, com relação à Itália, a posição de remédio subsidiário frente ao ordenamento jurídico interno, se conformando com a idéia de juízo de quarto grau, ou melhor, assumindo a posição de garantidora da estabilidade e uniformidade da interpretação interna das normas da Convenção pelos Estados membros.

Assim, em temas de razoável duração dos processos, a Corte Européia reassumia, para as normas da Convenção, a mesma função nomofilática que a Cassação italiana desenvolvia para as normas internas.

O acesso à Corte Européia tornou-se ainda mais difícil em 2005, com o Protocolo n.º 14, de 13 de maio, ratificado pela Itália em 15 de dezembro do mesmo ano (pela Lei n.º 280), por meio do qual foi alterado o parágrafo 3º, do art. 35, da Convenção, passando a estabelecer que as decisões internas dos Estados membros apenas seriam revistas nos casos de danos graves (= prejuízos relevantes).<sup>26</sup>

---

<sup>24</sup> RECCHIA. Obra citada, pp. 137-143.

<sup>25</sup> SERIO, Mario. **Il danno da irragionevole durata del processo. Raffronto tra esperienze nazionali.** Editoriale Scientifica, 2009, p. 47, indicando as sentenças n.º 1337, 1338 e 1339, de 2004, como *leading cases* quanto aos critérios de liquidação dos danos.

<sup>26</sup> No original: “*Paragraph 3 of Article 35 of the Convention shall be amended to read as follows:*

*3. The Court shall declare inadmissible any individual application submitted under Article 34 if it considers that:*

*a. the application is incompatible with the provisions of the Convention or the Protocols thereto, manifestly ill-founded, or an abuse of the right of individual application; or*

*b. the applicant has not suffered a significant disadvantage, unless respect for human rights as defined in the Convention and the Protocols thereto requires an examination of the application on the merits and provided that no case may be rejected on this ground which has not been duly considered by a domestic tribunal.”*

Disponível em: <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Basic+Texts/Basic+Texts/Protocol+No.+14/>. Acesso em 05/03/2009.

Com a alteração, buscou-se tornar efetiva a atuação da Corte Européia em seu papel de guardião dos direitos do homem e das liberdades e conter o excessivo número de recursos a ela dirigidos.

Resolvido, em parte, até então, o problema das inúmeras condenações do Estado italiano na Corte Européia por violação do direito à razoável duração dos processos, afastando os holofotes e, principalmente, a pressão do Conselho da Europa, outra vertente preocupante se revelou. É a vertente econômica do problema.

O Presidente da Corte de Cassação italiana,<sup>27</sup> no discurso inaugural para o ano judiciário de 2008, afirmou:

*Il contenzioso in materia [di legge Pinto] è costato negli ultimi anni circa 41,5 milioni di euro, di cui 17,9 nel solo 2006.*

*L'incremento è esponenziale e allarmante. Nel 2002 era di 1,8 milioni di euro, con un aumento in soli 4 anni di circa l'800%.*

A afirmação seguiu comprovada pelas altas cifras que demonstram o alarmante débito acumulado pelo Estado italiano no período de 2002 a 2007 com as condenações decorrentes da Lei Pinto:

<i>Anno</i>	<i>Somme pagate (senza decimali)</i>
2002	1.266.355
2003	4.995.000
2004	6.627.975
2005	10.730.000
2006	17.946.315
2007	14.774.603
<b>Totale</b>	<b>56.340.247</b>

Diante desses dados e da reconhecida tendência futura de incremento dos custos, uma incômoda pergunta ecoou naturalmente:

---

<sup>27</sup> BARBUTO, Mario. L'«emergenza pinto» e l'esperienza del tribunale di Torino. In Revista Eletrônica **Judícium**. p. 2. Disponível em: [http://www.judicium.it/ricerca/contatti\\_glo.htm](http://www.judicium.it/ricerca/contatti_glo.htm). Acesso em 06/03/2009. Em nota de rodapé [1], noticia: "Dati di fonte ministeriale riportati anche dalla stampa quotidiana: cfr. "ITALIA-OGGI" del 6 dicembre 2007 nel servizio *Un debito di 500 milioni di euro all'anno. E' quanto costa alla Stato la irragionevole durata dei processi*".

*Non sarebbe meglio destinare queste ingenti risorse invece che a risarcire i danni dell'arretrato, a finanziare misure idonee per smaltirlo o impedire che si riformi in futuro?*<sup>28</sup>

Com razão, portanto, a crítica entoada pela doutrina logo depois da edição da Lei Pinto, direcionada contra a pressa do legislador e a deturpação do projeto legislativo original, com a opção míope de tratar o problema da lentidão dos processos cíveis apenas remediando, no plano interno, as suas consequências, sem o ataque frontal de suas causas, históricas.

Para ROMANO, PARROTTA e LIZZA, sempre resultou ingênuo, ou mesmo hipócrita, pensar que a previsão de um recurso interno asseguraria às vítimas da duração excessiva dos processos na Itália efetiva reparação. Os problemas assumiam e ainda conservam uma dimensão estrutural, para os quais não se avistam soluções em curto espaço de tempo.<sup>29</sup> Enquanto não atacadas as causas reais do problema, suas consequências danosas se renovarão em lamentável espiral,<sup>30</sup> sempre em prejuízo dos jurisdicionados.

## 8. Conclusão

Em brevíssima síntese conclusiva, a história recente do processo de conhecimento na Itália revela que o claro conhecimento das causas do problema da excessiva duração dos processos cíveis é o ponto de partida para a busca de soluções. Ingênuas foram e sempre serão as tentativas de resolver o problema apenas remediando as suas consequências. Pequenos ajustes ou alentos, proporcionados por pontuais reformas legislativas, acabam, não raro e em pouco tempo, apenas agravando o mal.

---

<sup>28</sup> BARBUTO. Obra citada, p. 3.

<sup>29</sup> ROMANO, Giovanni; PARROTTA, Domenico Antonio; LIZZA, Egidio. **Il diritto ad un giusto processo tra corte Internazionale e corte nazionali. L'equa riparazione dopo la legge pinto**. Obra citada, p. 109.

<sup>30</sup> Sobre o tema: DI NICOLA. Obra citada, p. 49-51.

## BIBLIOGRAFIA

BARBUTO, Mario. L'«emergenza pinto» e l'esperienza del tribunale di Torino. *In* Revista Eletrônica **Judícium**. Disponível em: [http://www.judicium.it/ricerca/contatti\\_glo.htm](http://www.judicium.it/ricerca/contatti_glo.htm). Acesso em 06/03/2009.

BERIZONCE, Roberto O. Luces y sombra del proceso civil contemporâneo. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 126, p. 83-94, agosto 2005.

CAPPELLETTI, Mauro. Aspectos sociales y políticos del procedimiento civil, *in* **Proceso, ideologias, sociedad**, ed. EJEA, Buenos Aires, 1974, p. 33-90.

CIPRIANI, Franco. “I problemi del processo di cognizione tra passato e presente”, in **Il processo civile nello stato democratico - saggi**, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006, p. 27-68.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Garantias Costutuzionais e “guisto processo” (modelli a confronto). **Revista de Processo**, São Paulo, ano 23, n. 90, p. 95-150, abril-junho 1998.

\_\_\_\_\_. Il giusto processo civile nella dimensione comparatiistica. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 108, p. 133-184, outubro-dezembro 2002.

DI NICOLA, Francesco de Santis. Fra Roma e Strasburgo, alla ricerca dell'«equa riparazione» per il danno non patrimoniale da irragionevole durata del processo. *In* Revista Eletrônica **Judícium**. Disponível em: [http://www.judicium.it/ricerca/contatti\\_glo.htm](http://www.judicium.it/ricerca/contatti_glo.htm). Acesso em 06.03.2009.

FOCARELLI, Carlo. **Equo processo e convenzione europea dei diritti dell'uomo. Contributo allá determinazione dell'ambito di applicazione dell'art. 6 della convenzione**. CEDAM, 2001.

GRECO, Leonardo. **Garantias Fundamentais do Processo: O Processo Justo**. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 18 jul. 2006.

LOPES JR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique R. I. **Direito ao Processo Penal no Prazo Razoável**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

NICOLITTI, André Luiz. **A duração razoável do processo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

PONS, Enrique Garcia. **Responsabilidad Del Estado: La justicia y sus límites temporales**. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1997.

RECCHIA, Carlo. **Il danno da non ragionevole durata del processo ed equa riparazione**. Giuffrè Editore, 2006.

ROMANO, Giovanni; PARROTTA, Domenico Antonio; LIZZA, Egidio. **Il diritto ad un giusto processo tra corte Internazionale e corte nazionali. L'equa riparazione dopo la legge pinto**. Cosa & Come, Giuffrè Editore, 2002.

SERIO, Mario. **Il danno da irragionevole durata del processo. Raffronto tra esperienze nazionali**. Editoriale Scientifica, 2009.

TARUFFO, Michele. Observações sobre os modelos processuais de civil law e de common law. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 28, n. 110, p.141-158, abril-junho 2003.

TARZIA, Guisepe, L'art 111 Cost. e le garanzie europe del processo civile. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 26, n. 103, p. 156-174, julho-setembro 2001.

TAVARES, Francisco de A. Maciel; COUTINHO NETO, Alfredo de S. (org). **Direito Internacional – estrutura normativa internacional. Tratados e Convenções**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TASSARA, Andrés Ollero. 50 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, n.43, p. 57-72, abril-junho 2003.

TRAVIESO, Juan Antonio. **La corte interamericana de derechos humanos. Opiniones consultivas y fallos. La jurisprudência de La corte interamericana de derechos humanos**. Alberto-Perrot, 1996.

TREPAT, Cristina Riba. **La eficacia temporal del proceso. El juicio sin dilaciones indebidas**. José Maria Bosch Editor, Barcelona, 1997.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **O esgotamento de recursos internos no Direito Internacional** [Versão resumida de Obra Agraciada com o Prêmio Yorke, Outorgado pela Faculdade de Direito da Universidade de Cambridge, Inglaterra, em 1979]. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1984.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Tempo e Processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia (civil e penal)**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

# ALGUNAS CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA APLICACIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO EN ESPAÑA

*Luis Amezcua*

*Doctorando en Derecho Público Comparado en la  
Universidad de Siena.*

## 1. Introducción

Cualquier Estado que disponga una división territorial del poder debe contar con los mecanismos necesarios de comunicación entre los diferentes entes en que se encuentra dividido el complejo estatal. Incluso los sistemas que ponen un mayor énfasis en la separación, independencia, igualdad y autonomía de sus partes, tratan de contemplar formas de cooperación para la realización de diversas tareas. Resulta difícil concebir un Estado descentralizado, por lo que se refiere a sus relaciones internas, sin la existencia de niveles de cooperación entre sus diferentes centros de gobierno.

Sin profundizar en lo indeterminado que resultó la forma de Estado, la Constitución española de 1978 establece en su título VIII un sistema de distribución territorial del poder: el Estado autonómico. Las indecisiones del constituyente, como sabemos, se debieron a que no era posible en ese entonces un acuerdo sobre el tema, adoptándose un compromiso inicial favorable para todos. Existían, por una parte, fuerzas políticas que deseaban una autonomía de mayor alcance, y por la otra confluía otro sector que no consentía la aplicación de una fórmula más amplia, como el federalismo.

Uno de los aspectos que el constituyente dejó sin resolver plenamente fue el tema de la cooperación. Desde sus inicios, el sistema constitucional español ha visto tensiones de extraordinaria intensidad entre el Estado y algunas Comunidades Autónomas, con un consecuente número elevado de conflictos. Situación derivada, en gran parte, por la no existencia plena de mecanismos que pueden ser útiles para las relaciones de cooperación, o bien, por el mal funcionamiento de los que hayan sido previstos.

La cultura de la cooperación en el sistema constitucional español ha sido impulsada en gran medida por el Tribunal Constitucional, traduciéndose con posterioridad

en varios cuerpos normativos. El primer instrumento legislativo que institucionaliza la cooperación en España fue la Ley del Proceso Autonómico, número 12 de 1983. Esta ley intenta dar respuesta a los primeros problemas que iniciaban a presentarse en el nuevo sistema autonómico, y se regulan por primera vez la conferencias sectoriales, como instrumentos claves para la coordinación entre el Estado y las Comunidades autónomas. Posteriores leyes, producto de acuerdos autonómicos, como la Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, han resultado un estímulo para las relaciones de cooperación y, de hecho, en cualquier medida inician a funcionar con una mayor regularidad las conferencias sectoriales.

Una de las conferencias que ha tomado un papel importante del resto de las demás, por un mejor funcionamiento y mayor interés, ha sido la Conferencia para asuntos relacionados con las comunidades europeas (CARCE). La integración europea ha significado un desarrollo en la colaboración de los estados miembros para hacer más competitivos los diferentes espacios económicos dentro del mercado interno europeo. El ingreso de España a la Unión Europea ha incidido profundamente en las relaciones del gobierno central con el de las Comunidades Autónomas. Pocos años después del inicio del proceso autonómico, la entrada de España al espacio europeo introdujo un nuevo elemento de complejidad en el sistema, representando un gran desafío para los gobiernos locales. El Tribunal Constitucional, especialmente a partir de la sentencia 76/1991, ha considerado que la aplicación del derecho comunitario en España corresponde al Estado o a las Comunidades Autónomas, según sea el titular de la competencia afectada por la norma comunitaria.

En este sentido, objeto de estas líneas será tratar algunas cuestiones que surgen de la aplicación del derecho comunitario en España. Para ello, haremos algunas breves consideraciones sobre el ingreso del Estado español a la Comunidad Europea para dedicar algunas breves líneas sobre la estructural territorial de España. Ligados estos dos últimos elementos, veremos los efectos de la entrada de España a la Comunidad Europea en la distribución territorial del poder. Después pasaremos a dar algunos datos esenciales sobre el establecimiento de la Conferencia especializada sobre temas europeos, para luego enfocarnos en la aplicación del derecho comunitario en el ordenamiento español.

## 2. España y la Comunidad Europea

La ausencia de un régimen democrático impedía la entrada de España en la Comunidad Europea. El 9 de febrero de 1962 el Gobierno español solicitó ingresar a ella, teniendo como resultado sólo un acuerdo meramente comercial, con la firma, el 29 de junio de 1970, de un Acuerdo comercial preferencial, y de un Protocolo el 29 de enero de 1973. Posteriormente, ya en plena transición española a la democracia y mediante la solicitud del Gobierno español a la Comunidad Europea de 26 de julio de 1977 se inició formalmente el proceso de ingreso. Finalmente, el Presidente del Gobierno, Felipe González, firma en Madrid, el 12 junio 1985, el Acta de Adhesión de España a las Comunidades Europeas, ingresando como miembro efectivo en el año de 1986 junto con Portugal.

## 3. Estructura territorial

La Constitución española de 1978 crea el Estado autonómico o Estado de las autonomías. Se basa en el reconocimiento de entes territoriales denominados Comunidades Autónomas. Se tuvo en cuenta para ello, la formación histórica de España, en la que culturas y características diversas y complementarias han conformado una realidad plural y diferenciada. El nuevo modelo de organización territorial de España se basa sobre dos ejes fundamentales. Por un lado un Estado, es decir, una patria común e indivisible de todos los españoles. Por otro, existen las Comunidades Autónomas, es decir, el derecho al autogobierno o autonomía política de los pueblos de España.

De acuerdo con el artículo 137 constitucional, “*el Estado se organiza territorialmente en municipios, en provincias y en las Comunidades Autónomas que se constituyan. Todas estas entidades gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses*”. De esta forma, el Estado español está conformado por 17 Comunidades Autónomas y 50 Provincias. La Provincia es una entidad local con personalidad jurídica propia, determinada por la agrupación de municipios, a los cuales se les garantiza autonomía a nivel constitucional y también gozan de personalidad jurídica propia.

No especificaremos la distribución de competencias del Estado autonómico español, sino únicamente es necesario referir a que de acuerdo con el artículo 148

constitucional se establecen las competencias de las Comunidades Autónomas, y en el artículo 149 las facultades exclusivas del Estado, especificando este mismo artículo que: *“Las materias no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución podrán corresponder a las Comunidades Autónomas, en virtud de sus respectivos Estatutos. La competencia sobre las materias que no se hayan asumido por los Estatutos de Autonomía corresponderá al Estado, cuyas normas prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas. El derecho estatal será, en todo caso, supletorio del derecho de las Comunidades Autónomas”*.

#### **4. Problemas derivados del ingreso a la Comunidad Europea**

No es una novedad decir que el ingreso de España en la Comunidad Europea ha significado un importante impacto para el sistema autonómico español.<sup>1</sup> Uno de los principales problemas que ha planteado la integración europea en los estados federales o regionales ha sido el de hacer participar a las entidades territoriales autónomas en las decisiones comunitarias que les pudieran afectar.

Se puede verificar una pérdida de competencias por parte de las Comunidades Autónomas como consecuencia del ingreso de España a la Comunidad Europea, que ha creado cierto tipo de insatisfacción en la mayoría de aquellas. A partir de la adhesión de España a la Comunidad Europea, a través del artículo 93 de la Constitución, se atribuyen a la Comunidad Europea el ejercicio de competencias cuya titularidad pueden ser no sólo del Estado, sino también de las propias Comunidades Autónomas. Estas, sin embargo, han sentido incrementar su pérdida de actuación al comprobar cómo el Estado central ejerce ciertas competencias que conforme al reparto competencial interno, corresponderían a las Comunidades Autónomas. Como consecuencia, estas han tenido que solicitar en el plano interno mecanismos efectivos que contrarresten en alguna medida la pérdida competencial con una participación en la fase interna de proceso de formación de la voluntad sobre una

---

<sup>1</sup> Marco Orofino, *La partecipazione delle Comunità autonome spagnole all'integrazione europea*, en Diritto pubblico comparato ed europeo, n. 3, 2001, p. 1184 ss; Antonio Sainz de Vicuña Barroso, *El cumplimiento del Derecho comunitario europeo por parte de las Comunidades autónomas*, in AA.VV, *Organización territorial del Estado (Comunidades autónomas)*, IV, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1984, p. 2759.

determinada materia.<sup>2</sup> El progresivo proceso de integración europea ha tenido como resultado una constante delegación de facultades de las regiones europeas con competencias legislativas propias.<sup>3</sup> Respecto a España se pudiera decir que se han intentado diversas vías de participación de las Comunidades Autónomas en los asuntos europeos, así como de buscar las mejores formas para la actuación del derecho comunitario, que dependiendo de la postura que se quiera adoptar, se pudiera decir que los resultados obtenidos han sido satisfactorios o, por el contrario, escasos<sup>4</sup> y, por tanto, sea necesario una revisión integral de la relación entre Unión Europea, Estado y Comunidades Autónomas.

## 5. Relaciones internacionales. España y Unión Europea

La experiencia española en materia de relaciones entre las Comunidades Autónomas y la Unión Europea está caracterizada por la ausencia, en la Constitución de 1978, de disposiciones que dispongan algo al respecto.<sup>5</sup> Es por ello el gran papel que ha tenido que desempeñar el Tribunal constitucional en la configuración de la participación de las Comunidades Autónomas en los asuntos europeos, así como de la aplicación del derecho comunitario en las mismas.<sup>6</sup>

La base constitucional de las relaciones internacionales del Estado español, que se puede decir que más bien es la fórmula que el constituyente previó para el ingreso de España a la Comunidad Europea, la podemos localizar en el artículo 93 al señalar que: *“mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la*

---

<sup>2</sup> José Martín y Pérez de Nanclares, *Comunidades autónomas y Unión europea: hacia una mejora de la participación directa de las Comunidades Autónomas en el proceso decisorio comunitario*, en Revista de derecho comunitario europeo, n. 22, 2005, p. 769.

<sup>3</sup> Gurutz Jáuregui, *La participación de las comunidades autónomas en la Unión europea*, en Revista catalana de dret públic, n. 31, 2005, p. 150.

<sup>4</sup> La creación de los instrumentos de intervención autonómica en los asuntos europeos ha sido lenta, compleja y generadora de importantes tensiones. Rafael Bustos Gisbert, *Un paso más hacia la participación autonómica en asuntos europeos*, in Revista española de derecho constitucional., n. 45, 1995, p. 155. Sin embargo, importantes pasos se han logrado como lo señala Manuel Moreno Vázquez, *La relativa evolución del sistema de participación autonómica en los procedimientos ante el Tribunal de justicia de la Comunidades europeas*, en Revista de derecho comunitario europeo, n. 6, 1999, p. 445.

<sup>5</sup> Rafael Bustos Gisbert, *Relaciones internacionales y Comunidades autónomas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1996, p. 46-47.

<sup>6</sup> Luis López Guerra, *Il Tribunale costituzionale spagnolo e le autonomie regionali*, en A. D’Atena (coord.), *Federalismo e regionalismo in Europa*, Milano, Giuffrè, 1994, p. 277.

*Constitución. Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión*". La Constitución no previó, al momento de redactarse, que este artículo 93 pudiera afectar el sistema territorial interno definido en el título VIII. Al momento del ingreso de España a la Comunidad Europea se puede constatar que la integración europea ha afectado la distribución de competencias que se establece en el título VIII de la Constitución, y aquellas que han adoptado las Comunidades Autónomas en sus respectivos Estatutos de autonomía. Sin embargo, también hay que decir que esta afectación de la integración europea no ha significado únicamente una pérdida de competencias para las Comunidades Autónomas, sino también a las competencias del Estado.<sup>7</sup>

## **6. Conferencia para asuntos relacionados con las comunidades europeas (CARCE)**

Uno de los mecanismos de mayor importancia para la articulación de la relación entre las Comunidades Autónomas y la Unión Europea ha sido a través de la Conferencia para asuntos relacionados con las comunidades europeas creada en 1988.

El modelo de participación y coordinación entre el Estado y las Comunidades Autónomas para cuestiones comunitarias tiene su origen en el proceso mismo de adhesión del Estado español a la Comunidad Europea. En 1978 se creó el "*Ministerio para las relaciones con la Comunidad Europea*". En 1981 desaparece este Ministerio y en su lugar se crea una Secretaría de Estado, al interno del Ministerio de asuntos exteriores, teniendo como función principal, precisamente, coordinar la acción del Estado respecto de la Comunidad Europea. En septiembre de 1985 se crea una "*Comisión interministerial para asuntos económicos relacionados con la Comunidad europea*", con la finalidad de asegurar la necesaria coordinación en el ámbito de la administración central, correspondiendo la presidencia al Secretario de Estado para las comunidades europeas.

Así mismo, además de los mecanismos anteriormente señalados, a partir de 1984 se abre en España un proceso de discusión entre el Gobierno y las Comunidades Autónomas con base a unos "*Proyectos de convenio entre el Gobierno de la nación y las*

---

<sup>7</sup> Eduardo García de Enterría, *La participación de la Comunidades autónomas en la formación de las decisiones comunitarias*, en Revista española derecho constitucional, n. 33, 1991, p. 6.

*Comunidades Autónomas sobre cooperación en los asuntos relacionados con las comunidades europeas*". La oposición de ciertas Comunidades Autónomas al documento surgido del anterior proceso provocó la elaboración de un segundo proyecto de participación de ellas en la formación de la voluntad estatal en 1986. Este segundo proyecto se divide, al igual que el primero de 1985, en dos partes. La primera se refiere al desarrollo y ejecución del ordenamiento comunitario y la segunda se ocupa de la participación de las Comunidades Autónomas en la formación de la voluntad estatal ante la Comunidad Europea. Sin embargo, aun cuando este segundo proyecto mejora al anterior, tampoco dio satisfacción a las aspiraciones de las Comunidades Autónomas, sobre todo al no garantizar a estas ni el acceso a una información<sup>8</sup> amplia, ni establecer los mecanismos que aseguraran que el poder central tomara en consideración sus puntos de opinión. Al no proceder este segundo proyecto de convenio, el Gobierno central presenta en 1987 en la "*Comisión mixta para las Comunidades europeas de la Cortes generales*" los puntos principales de lo que sería un nuevo proyecto, en el cual se pretendía precisamente establecer las reglas básicas de funcionamiento para que las Comunidades Autónomas participaran en la formación de la voluntad del Estado ante la Comunidad Europea, así como en la aplicación del derecho y políticas comunitarias. Pero este proyecto ni siquiera llegó a considerarse, y es ante este escenario que a finales de 1988 se pone en marcha la "*Conferencia sectorial para asuntos relacionados con las Comunidades europeas*" que ha venido reuniéndose desde entonces regularmente, como un espacio, con vocación de permanencia, en el que sea posible abordar los diversos temas que plantea la participación de las Comunidades Autónomas en el proceso comunitario.<sup>9</sup>

---

<sup>8</sup> Sobre si el derecho a información se puede considerar como un derecho de participación Eduardo García de Enterría, *La participación de la Comunidades autónomas*, cit., pp. 13-14; José Eugenio Soriano, *Comunidades autónomas y Comunidad europea*, Madrid, Tecnos, 1990, pp. 138 ss.

<sup>9</sup> Argimiro Rojo Salgado, *La exigencia de participación regional en la Unión europea*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1996, pp. 110-115.

## 7. Aplicación del derecho comunitario

### 7.1. No alteración de competencia internas

En cuanto a la forma en la que se deberá proceder a la adopción de medidas de desarrollo normativo y ejecución del derecho comunitario europeo en el orden interno, el Tribunal constitucional español ha establecido, en la muy conocida sentencia 252/1988,<sup>10</sup> que los conflictos a que dé lugar la ejecución del derecho comunitario han de ser resueltos de acuerdo con las normas internas de delimitación competencial, sin que ni el Estado ni las Comunidades Autónomas puedan considerar ampliado el ámbito propio de competencia en virtud de lo dispuesto por el mismo derecho comunitario. Es decir, de la jurisprudencia constitucional, que es la que se ha encargado de definir las bases para las relaciones entre la integración europea y la descentralización, se establece el principio de la no alteración del sistema interno de división de las competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas como consecuencia de pertenecer España a la Unión Europea.<sup>11</sup> Respecto del ejercicio de la competencia para emitir las normas necesarias de actuación del derecho comunitario, podemos decir que si la competencia es exclusiva de las Comunidades Autónomas, corresponde a estas la emisión de las normas necesarias para desarrollar las disposiciones comunitarias. En cuanto a la competencia ejecutiva de las Comunidades Autónomas en relación a la ejecución del mismo, de acuerdo al principio anteriormente dicho, implica que si la competencia autonómica es exclusiva y plena, las Comunidades Autónomas adoptaran las medidas de ejecución administrativa de la normas comunitarias en aquellas materias en las que hayan asumido competencia para ello.

---

<sup>10</sup> STC 64/1991, 236/1991, 79/1992, 80/1993, 141/1993, 102/1995, 67/1996, 45/2001, 95/2001. Enoch Albertí Rovira, *Las Comunidades autónomas en la Unión europea: las nuevas perspectivas del Tratado constitucional y la participación interna*, in Enoch Albertí Rovira, Luis Ortega Alvarez, José Antonio Montilla Martos, *Las Comunidades Autónomas en la Unión Europea*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p. 13; Florentino Ruiz Ruiz, *Las competencias de las Comunidades autónomas en el desarrollo normativo y la ejecución del Derecho comunitario europeo. Análisis de la jurisprudencia constitucional*, en *Revista española de derecho constitucional*, n. 45, 1995, p. 280.

<sup>11</sup> Luis María Díez Picazo, *Le Comunità autonome spagnole e l'Unione europea*, en A. D'Atena (coord.), *Le regioni e l'Unione Europea*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 237.

## 7.2. El deber del Estado de garantizar el cumplimiento del derecho comunitario

Derivado de la complejidad del Estado autonómico, es difícil determinar las competencias que a cada nivel de gobierno le corresponde, por lo que se corre el riesgo que se deje sin aplicación normativa y ejecutiva al derecho comunitario y, por consiguiente, la posibilidad de incurrir el Estado central en responsabilidad internacional por las obligaciones adquiridas, sin poder justificar su inacción por cuestiones territoriales.

El artículo 93 de la Constitución, como hemos visto, fundamento para la integración de España al proceso europeo, atribuye “*a las Cortes generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o o supranacionales titulares de la cesión*”. Esta función estatal de garantía de las obligaciones comunitarias no se debe entender como un mecanismo de supercontrol de frente a las Comunidades Autónomas, sino como un mero instrumento de prevención y salvaguardia ante la posible incursión en responsabilidad comunitaria.<sup>12</sup>

### 7.2.1. Mecanismos del Estado para intervenir en el ámbito autonómico

En el caso de España, la cuestión de los medios que puede utilizar el Estado para evitar la responsabilidad internacional por incumplimiento o no adecuada realización de normas o ejecución de actos por parte de las Comunidades Autónomas por exigencias del derecho europeo es particularmente complejo. Por lo que respecta a los controles jurisdiccionales, se debe dejar claro que los tratados internacionales, aunque puede ser utilizados como criterios interpretativos del reparto interno de competencias, no forman parte del bloque de constitucionalidad.<sup>13</sup>

---

<sup>12</sup> Antonio Lopez Castillo, *Creación y aplicación del Derecho comunitario europeo y Comunidades autónomas*, en Revista española de derecho constitucional, n. 35, 1992, p. 147; Pablo Pérez Tremps, *Comunidades autónomas, Estado y Comunidad europea*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1987, p. 84.

<sup>13</sup> Pablo Pérez Tremps, *La participación europea y la acción exterior de las Comunidades autónomas*, Madrid, Marcial Pons, 1998, p. 254.

*a) La supletoriedad del derecho estatal*

El presente mecanismo es el principal medio para aplicarse como garantía del cumplimiento de las obligaciones europeas. Si bien el Tribunal Constitucional ha negado que la cláusula general de supletoriedad (art. 149, 3 cost) se pueda considerar como una norma atributiva de competencias y se pueda utilizar para justificar la adopción del derecho estatal en ámbitos en los cuales no tenga plena competencia (118/1996; 61/1997), en casos excepcionales ha admitido que el Ejecutivo adopte normas supletorias directas para evitar un conflicto con normas europeas (79/1992). Incluso en esta sentencia el Tribunal ha declarado legítimo que el Estado, con base en el artículo 149, 3 const., actúe con disposiciones dirigidas a permitir la ejecución normativa comunitaria con carácter supletorio respecto de las normas de las Comunidades Autónomas.

*b) La armonización legislativa*

De acuerdo al artículo 150, 3 const.: “*el Estado podrá dictar leyes que establezcan los principios necesarios para armonizar las disposiciones normativas de las Comunidades Autónomas, aún en el caso de materias atribuidas a la competencia de estas, cuando así lo exija el interés general. Corresponde a las Cortes Generales, por mayoría absoluta de cada Cámara, la apreciación de esta necesidad*”. Los inconvenientes de este medio los podemos encontrar, primeramente, en lo difícil que representa para las Cortes lograr la mayoría requerida y, por otra parte, el Tribunal Constitucional ha declarado (76/1983) que la facultad dispuesta en este artículo es una cláusula de cierre del sistema para cuando a las Comunidades Autónomas no les sea posible ejercitar una facultad concedida, es decir, no cabe su uso preventivo. Además, las leyes de armonización tienen la naturaleza de ser leyes de principio; no pueden ordenar de modo directo y exhaustivo y, por tanto, las Comunidades Autónomas deberían elaborar la norma de desarrollo.<sup>14</sup>

---

<sup>14</sup> José Antonio Montilla Martos, *Derecho de la Unión europea y Comunidades autónomas*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p. 233.

c) *Cumplimiento forzoso*

Otra vía, más radical, para el cumplimiento de las obligaciones comunitarias por parte de las Comunidades Autónomas es la prevista por el artículo 155 const., al establecer que “*si una Comunidad Autónoma no cumpliere las obligaciones que la Constitución u otras leyes le impongan, o actuare de forma que atente gravemente al interés general de España, el Gobierno, previo requerimiento al Presidente de la Comunidad Autónoma y, en el caso de no ser atendido, con la aprobación por mayoría absoluta del Senado, podrá adoptar las medidas necesarias para obligar a aquélla al cumplimiento forzoso de dichas obligaciones o para la protección del mencionado interés general*”. Este medio no parece idóneo para garantizar el cumplimiento autonómico de las obligaciones europeas del Estado debido a que, por una parte, desde un punto de vista procedimental, solo podría iniciarse tras una declaración jurisdiccional de incumplimiento y, por la otra, desde un punto de vista político, es un instrumento de carácter excepcional para atender situaciones de grave crisis política.<sup>15</sup>

## **8. Lo que hace falta por hacer**

A diferencia de otros países europeos que, antes o después, han reformado sus respectivas constituciones para intentar dar alguna respuesta más o menos satisfactoria a los múltiples problemas derivados de la relación entre descentralización e integración europea, en el caso de España se han detenido las reformas necesarias para ello, incluso se puede citar como ejemplo el amplio debate que se ha tenido por reformar el Senado como una verdadera sede de representación territorial, sin tener hasta el momento ningún resultado concreto.

El actual artículo 93 de la Constitución resulta insuficiente para sustentar y dar cobertura al proceso de integración europea y para ofrecer una respuesta interna adecuada a los numerosos y profundos cambios en el sistema estatal que tal proceso lleva consigo. Esta disposición, única hasta ahora para ofrecer legitimidad interna a la integración europea de España, ha tenido que alargarse tanto, al punto que se encuentra

---

<sup>15</sup> J. A. Montilla Martos, *Derecho de la Unión europea y Comunidades autonomas*, cit., p. 238.

actualmente al grado de colapsar. Es muy poco artículo para tan complejo fenómeno de integración europea. La cláusula europea que se pueda incluir en una reforma constitucional futura, además de referirse de una forma mas amplia a tal proceso, la reforma debe contemplar necesariamente la recomposición de algunos equilibrios constitucionales básicos que se han visto alterados por la integración europea: el equilibrio Parlamento-Gobierno, y el equilibrio territorial, entre el Estado y las Comunidades Autónomas. En el primer caso se debe tratar de asegurar el papel del Parlamento en el proceso decisorio comunitario y, en el segundo caso, se debe recomponer el equilibrio territorial roto por la presión centralizadora que el ejerce el proceso de integración europea.<sup>16</sup>

Ante la inmovilidad constitucional, cabe destacar que en el actual proceso de reformas a los estatutos de algunas de las Comunidades Autónomas, se preve un apartado especial de las relaciones de la Comunidad con la Unión Europea. Aparte de establecer, entro otros muchos temas, representantes ante las instituciones y órganos de la Unión Europea, en el caso de la ejecución de sus normas se trata de establecer con claridad el reconocimiento de la competencia de desarrollo, aplicación y ejecución del derecho comunitario a la instancia que internamente detente la competencia sobre la materia en cuestión.

---

<sup>16</sup> Enoch Albertí Rovira, *Las Comunidades autonomas*, cit., pp. 38-39.

# A CONSTITUIÇÃO E AS INTERVENÇÕES CORPORAIS NO PROCESSO PENAL: EXISTIRÁ ALGO ALÉM DO CORPO?<sup>1</sup>

***Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho***

*Coordenador acadêmico do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá, Doutor pela UERJ, Mestre pela PUC-RJ e Juiz de Direito no Rio de Janeiro*

*“Eis que se revela o ser, na transparência  
do invólucro perfeito”<sup>2</sup>*

## **I. Introdução**

A Constituição brasileira de 1988, rompendo o arbítrio imperante após mais de 20 anos de ditadura, consagrou, explícita ou implicitamente, quase todos os direitos e garantias devotados à proteção do cidadão investigado ou acusado em um processo penal, moldando, sem qualquer dúvida, um processo verdadeiramente democrático.

Eventual ausência explícita de um ou outro direito, ou de uma ou outra garantia, acabou superada, indiretamente, por cláusulas gerais presentes no texto constitucional, como o devido processo legal, a presunção de inocência, o contraditório e a ampla defesa, de modo que, no âmbito do Direito Processual Penal, não faria uma falta muito significativa.

Outros direitos e garantias, por outro lado, em que pese o silêncio da Carta brasileira, constam em documentos internacionais aos quais o Brasil aderiu, ingressando, assim, no ordenamento jurídico brasileiro.

Muitos dos direitos e garantias processuais-constitucionais, extraídos direta ou indiretamente, do texto constitucional, contudo, não foram observados logo após a promulgação da Carta pela incapacidade dos operadores do Direito e dos autores de obras

---

<sup>1</sup> Agradeço ao Professor Vicente Barreto pela leitura crítica deste artigo.

<sup>2</sup> Carlos Drumond de Andrade – A Metafísica do Corpo, Corpo, Ed. Record.

de processo penal de se despirem do instrumental positivista que ditava que a lei era o centro do ordenamento jurídico e a Constituição apenas um programa que devia ser cumprido na medida em que viria a ser incorporado pelo ordenamento infraconstitucional. Embora com algumas sérias recaídas, essa fase está em vias de superação, de modo que os princípios processuais-constitucionais estão, pouco a pouco, imperando na interpretação do Direito.

Uma dessas garantias constitucionais recai sobre a proteção do corpo humano, enquanto fonte de prova para o processo penal. Muitos dispositivos da Constituição tutelam o corpo do suspeito ou do réu de intervenções arbitrárias e outros destinam-se a proteger a dignidade corporal do condenado.

O objetivo do presente estudo será verificar a extensão que se tem dado à proteção da entidade corporal em sede de processo penal e se essa extensão é justificável ou não. Investigará, também, se a proteção está sendo conferida à entidade corporal, como um fim em si mesmo e independentemente de qualquer outra justificação, ou a outra entidade não corporal – alma, espírito, psiquê, dignidade etc -, ou a ambas, necessária e conjuntamente. Mais precisamente, se busca problematizar se a proteção ao corpo humano ou à parte dele somente se pode justificar na medida em que também se visa a proteger outras entidades não-corporais, ou se proteção é absoluta, não sendo necessário levar em consideração qualquer outra entidade.

Especificando ainda mais o objetivo do estudo: investigar-se-á, por exemplo, se a proibição de extrair a exalação do ar de alguém por meio do etilômetro ou bafômetro, ou o sangue, ou um fio de cabelo, ou a urina, se justificam pela proteção à entidade corporal, tão somente, ou só se justificam se tais intervenções colocarem em risco outras entidades, como a espiritual, a almática, a psíquica, a moral, ou a dignidade da pessoa humana.

Enfim, o que se buscará compreender e revelar são os valores envolvidos na proteção constitucional e convencional que proíbem a utilização do corpo humano como fonte de prova em processo penal.

## **II. As Intervenções Corporais e a Constituição**

Inegavelmente, a Constituição brasileira foi extremamente cuidadosa em

proteger não só a esfera corporal do réu<sup>3</sup>, mas, também, sua intimidade, em sentido geral<sup>4</sup>.

Tais previsões constitucionais vieram a ser complementadas pela Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), promulgada pelo Decreto nº 678, de 6/11/1992, que previu o direito de o acusado não depor contra si mesmo<sup>5</sup> e pela Lei nº 10.792/2003, que alterou a redação do artigo 186 do Código de Processo Penal<sup>6</sup> para assegurar o direito de o réu permanecer em silêncio por ocasião de seu interrogatório, ampliando a proteção que a Constituição destinava somente ao preso, de maneira direta - embora o dispositivo constitucional devesse ser interpretado de maneira mais ampla.

Estes dispositivos configuram a preocupação do constituinte de 1988 e do legislador posterior a 1988 com a incolumidade física do acusado, possivelmente bastante influenciados pela memória relativamente recente, em termos históricos, do que ocorreu durante a ditadura militar que se estendeu de 1964 a 1985, em que a tortura política banalizou-se e acabou alastrando-se por toda a teia do aparelho policial do Estado.

Este conjunto de proteção visa a coibir abusos nas denominadas intervenções corporais, com finalidade de obtenção de prova em processo penal. Segundo Nicolas Gonzales-Cuellar Serrano,<sup>7</sup> intervenções corporais são medidas de investigação que se realizam sobre o corpo das pessoas, sem necessidade de obter seu consentimento, e por meio da coação direta, se necessário, com o fim de descobrir circunstâncias fáticas que sejam do interesse para o processo, em relação às condições ou ao estado físico ou psíquico do sujeito, ou com o fim de encontrar objetos nele escondidos. Consistem, por exemplo, na extração de sangue para realização de exame de pareamento cromossômico (DNA), na extração de sangue ou na exalação de ar (etilômetro ou bafômetro) para verificação do nível de álcool no organismo, na coleta de urina, na extração de substâncias contidas debaixo das unhas dos suspeitos (*finger scrapings*), em cirurgias no próprio corpo da pessoa suspeita, na coleta de impressões digitais, no exame em cavidades do corpo

---

<sup>3</sup> Constituição, artigo 5º, III – ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante; artigo 5º, 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. Além dos dois incisos, do artigo 5º, a proteção à pessoa do condenado ou do preso é completada pelos incisos XLVII e XLIX.

<sup>4</sup> Constituição, artigo 5º, X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

<sup>5</sup> Artigo 8º, n. 2, g – Direito de não ser obrigado a depor contra si mesmo, nem a declarar-se culpado;

<sup>6</sup> Artigo 186 – Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas.

<sup>7</sup> *Proporcionalid y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*, pp. 285-305, 1990, Editorial Colex, Madri.

(ânus, vagina), e que remontam ao direito à intimidade, consagrado no inciso X, do artigo 5º, da Constituição.

Há uma distinção entre intervenções corporais e registros corporais, elaborada na Alemanha, pela qual as intervenções são realizadas no corpo mesmo e os registros o são na superfície do corpo, incluindo as cavidades naturais do corpo humano. A doutrina, porém, não tem prestado maior atenção à diferença sob o argumento de que o tratamento legislativo é idêntico para ambas as situações.

De acordo com a doutrina e a jurisprudência brasileiras, majoritárias, a extração coercitiva de sangue ou de parte não destacada do corpo humano (cabelo, por exemplo) para exame de DNA não tem sido admitida no ordenamento brasileiro, pois violaria o princípio que veda a auto-incriminação, previsto no artigo 8, n. 2, letra g, da Convenção Americana de Direitos Humanos. A coleta de ar ou de sangue para exame de dosagem alcoólica, do mesmo modo, não poderia ser feita coercitivamente. As cirurgias na pessoa do suspeito, para apreensão de objetos ou para a prova do crime, não poderiam ser feitas coercitivamente. O artigo 15<sup>8</sup> do Código Civil, dispositivo que produz efeito também no processo penal, as proíbe quando houver risco de morte. Assim, as cirurgias não poderiam ser feitas coercitivamente.

Ainda que não se insiram no conceito de intervenções corporais, a coleta coercitiva de padrões grafotécnicos<sup>9</sup> e vocais<sup>10</sup> do acusado também têm sido consideradas inadmissíveis pela jurisprudência brasileira. Do mesmo modo, o de reconhecimento de pessoa e a reconstituição do crime só poderiam ser procedidas com a anuência do acusado.

A omissão da advertência quanto ao direito ao silêncio<sup>11</sup> também pode ser

---

<sup>8</sup> Artigo 15 – Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento ou a intervenção cirúrgica.

<sup>9</sup> STJ, HC 77135-SP, 1ª Turma, DJU 18/9/98, Ministro Ilmar Galvão: “...Diante do princípio *nemo tenetur se detegere*, que informa o nosso direito de punir, é fora de dúvida que o dispositivo do inciso IV do artigo 174 do Código de Processo Penal há de ser interpretado no sentido de não poder ser o indiciado compelido a fornecer padrões gráficos do próprio punho, para os exames periciais, cabendo apenas ser intimado para fazê-lo ao seu alvedrio...”.

<sup>10</sup> STF, HC 83096-RJ, 2ª Turma, DJU 12/12/2003, Ministra Ellen Gracie: “... 1. O privilégio contra a auto-incriminação, garantia constitucional, permite ao paciente o exercício do direito de silêncio, não estando, por essa razão, obrigado a fornecer os padrões vocais necessários a subsidiar prova pericial que entende lhe ser desfavorável. 2. Ordem deferida, em parte, apenas para, confirmando a medida liminar, assegurar ao paciente o exercício do direito de silêncio, do qual deverá ser formalmente advertido e documentado pela autoridade designada para a realização da perícia...”.

<sup>11</sup> A construção do princípio recebeu forte influência do direito norte-americano (*privilege against self-incrimination*), que tem por fundamento a 4ª Emenda à Constituição, que proíbe que alguém seja compelido a

motivo de nulidade do processo<sup>12</sup>, porque integrante da garantia de proteção absoluta à incolumidade física e moral da pessoa do acusado.

Nesse estágio do ordenamento jurídico brasileiro, cumpre, agora, como anunciado no item anterior, investigar se essa proteção do corpo humano do acusado visa apenas a tutelar o corpo em si ou outra qualquer entidade não corporal (entidade espiritual ou almática ou psíquica ou moral), ou se a entidade corporal objeto de proteção o é somente quando outro valor constitucional a ela se associa, como o princípio da dignidade, a intimidade, o pudor, etc.

Para tal empreitada, porém, convém examinar, ainda que sucintamente, a origem da dicotomia que se estabeleceu entre a entidade corporal e a não corporal ao longo da evolução da humanidade.

### **III. A Separação das Entidades Corporal e Não-Corporal na Evolução da Humanidade**

Fazendo abstração da filosofia do mundo oriental, a filosofia grega é a primeira a ocupar-se com o ser humano, em sua dupla essência: corpo e alma<sup>13</sup>.

A partir do século V a.C., com os sofistas, a filosofia grega se volta para o homem em si mesmo<sup>14</sup>. O tema do homem também ganhou grande impulso com a filosofia

---

auto-acusar-se. Depois de várias decisões da Suprema Corte, o privilégio foi consolidado no acórdão *Miranda v. Arizona* (1966). Outros acórdãos esclareceram que referido privilégio não impede confissões espontâneas, sem que a autoridade policial ou judiciária tenham tido tempo para alertar o indiciado ou réu de seus direitos. Do mesmo modo, o dever de advertir sobre o privilégio é apenas de agentes públicos e, não, de outras pessoas que são sejam primariamente responsáveis pela investigação, como investigadores particulares e psiquiatras forenses (ISRAEL, Jerold H. e LAFAVE, Wayne R. – *Criminal Procedure – Constitutional Limitations*, 2001, West Group, Minnesota).

<sup>12</sup> STF, HC 80.949-RJ, 1ª Turma, DJ 30/10/2001, Min. Sepúlveda Pertence: “...III. Gravação clandestina de ‘conversa informal’ do indiciado com policiais. 3. *Ilícitude decorrente – quando não da evidência de estar o suspeito, na ocasião, ilegalmente preso ou da falta de prova idônea do seu assentimento à gravação ambiental – de constituir, dita ‘conversa informal’, modalidade de interrogatório sub-reptício, o qual – além de realizar-se sem as formalidades legais do interrogatório no inquérito policial (C.Pr.Pen., art. 6º, V) –, se faz sem que o indiciado seja advertido de seu direito ao silêncio...*”. Embora o acórdão comece por se referir à gravação clandestina, depois se refere à gravação ambiental, ficando claro que se cuida desta última.

<sup>13</sup> Para que se possa entender a filosofia grega clássica, é preciso verificar em que contexto histórico estavam inseridos os gregos daquela época e quais as suas preocupações. Explica Julián Marías que as preocupações dos filósofos gregos eram dirigidas para o mundo, que era o pressuposto de tudo, interpretado como natureza e como origem da realidade concreta. Mas essa realidade era inteligível, era explicável a partir de alguma razão que carecia ser exposta. Portanto, os filósofos gregos dedicaram-se a contemplar e explicar a realidade: *teoria, logos e ser* eram, segundo Julián Marías, “os termos decisivos do pensamento helênico e se baseiam nessa atitude primária ante o mundo” (MARIÁS, Julián – *História da Filosofia*, 2004, Ed. Martins Fontes, SP).

de Sócrates, na virada do século V para IV a. C.<sup>15</sup>. Mas foi Platão quem construiu uma nítida separação entre o corpo e a alma.

A sua doutrina das idéias seria uma forma de conciliar duas tradições filosóficas em choque: a da permanência do ser e a da mutabilidade das coisas, do que resultaria sua afirmação de que existem essências eternas e imutáveis, ao lado das coisas mutáveis<sup>16</sup>.

É no diálogo Fedro que Platão explicita a sua idéia da origem das almas, numa parábola atribuída a Sócrates<sup>17</sup>. Desdobrando-a, chega à origem das almas<sup>18</sup>. É, portanto, de origem platônica a noção do corpo humano como receptáculo das máculas da vida mundana. Platão diz que, antes da queda da alma, *“Não tínhamos mácula nem tampouco contato com esse sepulcro que é o nosso corpo ao qual estamos ligados como a ostra à sua concha”*<sup>19</sup>.

Assim, a filosofia clássica inaugura uma dicotomia razoavelmente bem estruturada entre a vida corporal e a vida almatina, fazendo recair na primeira as mazelas e os defeitos da vida mundana.

Essa tradição platônica prosseguiu na Idade Média e foi apropriada pelo Cristianismo, especialmente pela obra de Santo Agostinho. Para construir sua fundamentação sobre a existência da alma, Santo Agostinho recorreu a Platão e sua

---

<sup>14</sup> Julián Marías assinala que o ponto positivo importante da sofística foi a proclamação da inconsistência das coisas e o abandono do ponto de vista do ser e da verdade. Protágoras, um de seus expoentes, dizia que o homem é a medida de todas as coisas (*ibidem*).

<sup>15</sup> *“A principal preocupação de Sócrates é o homem...mas Sócrates considera o homem de um outro ponto de vista: o da interioridade. ‘Conhece-te a ti mesmo’, diz Sócrates; traz à tona tua interioridade. E isso introduz um sentido novo na Grécia, um sentido de reflexividade, de crítica, de maturidade (ibidem., p. 44).*

<sup>16</sup> TANNERY, Paul – Fedro, introdução, p. 31 e 39, 2004, Ed. Martin Claret.

<sup>17</sup> *“A alma pode ser comparada com uma força natural e ativa, constituída de um carro puxado por uma parelha alada e conduzido por um cocheiro...O cocheiro que nos governa rege uma parelha na qual um dos cavalos é belo e bom, de boa raça, enquanto que o outro é de raça ruim e de natureza arrevesada (PLATÃO, Fedro, p. 82, op. cit.).*

<sup>18</sup> *“A alma universal rege a matéria inanimada e manifesta-se no universo de múltiplas formas. Quando é perfeita e acabada, paira nas esferas e governa a ordem do cosmos...As almas daqueles que chamamos imortais, logo que atingem a abóbada celeste aí se mantêm...A sorte das outras almas é porém esta: Elas tudo fazem para seguir os deuses, seu condutor ergue a cabeça para a região exterior e se deixam levar com a rotação. Mas, perturbadas pelos corcéis do carro, apenas vislumbram as realidades...Todas, após os esforços inúteis, não conseguindo se elevar até a contemplação do Ser Absoluto, caem, e a sua queda as condena à simples Opinião...É uma lei de Adrastea: toda a alma que segue um deus, contempla algumas das Verdades; fica isenta de todos os males até nova viagem...Mas, quando não pode seguir os deuses, quando devido a um erro funesto ela se enche de alimento impuro, de vício e esquecimento, torna-se pesada e precipita-se sem asas ao solo..” (Ibidem, p. 82/86).*

<sup>19</sup> *Ibidem, p. 87.*

doutrina das idéias, afirmando que a alma teria transcendência hierárquica em relação ao corpo<sup>20</sup> e, portanto, o corpo não poderia influenciar a alma<sup>21</sup>.

Interessante notar que ao se apropriar da divisão da natureza humana entre corpo e alma, o Cristianismo também fez incidir no primeiro as tentações de realização do pecado<sup>22</sup>, bem como o sumo mal<sup>23</sup>.

Com esses raciocínios, Santo Agostinho logrou promover a incorporação da filosofia clássica grega ao Cristianismo, dando-lhe um substrato filosófico e uma concepção teocêntrica da vida e da ciência. Também a noção de alma, originada da *idéia* platônica, assumiu um caráter teocêntrico e sagrado que permite sustentar a intangibilidade da alma.

As idéias cristãs, no entanto, foram capazes de legitimar uma das maiores atrocidades cometidas na História, com a Santa Inquisição, em que se justificou plenamente o massacre de muçulmanos e o uso de métodos cruéis de obtenção de prova, bem como a utilização de penas crudelíssimas. Para a salvação da alma, o corpo foi submetido a sofrimentos jamais concebidos pela espécie humana. Tais métodos contaminaram o processo judicial, legitimando o surgimento do processo inquisitivo, em que era admissível toda a sorte de tortura para a obtenção da confissão do acusado.

Essa concepção dicotômica entre corpo e alma, perpetuada pelo Cristianismo até nossos dias, recebeu novos contornos e uma pretensão de imunidade nos movimentos filosóficos<sup>24</sup> que se seguiram. Nesse ambiente, a centralidade do conceito de liberdade resulta inegável e a obra de Kant assume uma importância fundamental, pois é ela que vai fundar os princípios da Idade Moderna, dos Estados e dos ordenamentos jurídicos dos países europeus.

Para o ponto que mais nos interessa, Kant faz uma distinção entre os fenômenos e os nômenos. Fenômenos são representações das coisas, como elas se

---

<sup>20</sup> PESSANHA – *op. cit.*, p. XIV.

<sup>21</sup> HAMLIN, D. H. – Uma História da Filosofia Ocidental, p. 111, 1987, Jorge Zahar Editor.

<sup>22</sup> Em um trecho do diálogo travado nos Solilóquios, Santo Agostinho refere-se aos três desejos que teve antes de conhecer a iluminação (as riquezas, as honras e as mulheres), sendo de tolerar-se tais desejos somente se forem etapas necessárias para atingir outras coisas no caminho para a iluminação (*Los solilóquios*, p. 529, *Biblioteca de Autores Cristianos - BAC, Editorial Católica*, MCML, Madri).  
*op. cit.*, p. 529).

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 531.

<sup>24</sup> Era preciso renunciar a Deus e faz-se isso substituindo-o pela razão como centro das preocupações e como a fonte do conhecimento. Mergulha-se no humanismo, na metafísica (século XVII), no empirismo (séculos XVI e XVII) e, apropriando-se das concepções empiristas, surge, no século XVIII, o iluminismo, dedicando-se mais às questões do conhecimento do que à metafísica. Deus é definitivamente substituído pela razão humana e pela natureza.

apresentam para nossos sentidos<sup>25</sup>. Os nômenos são as coisas em si<sup>26</sup>. A razão especulativa – o conhecimento humano – não tem como apreender os nômenos, só os fenômenos. Só a liberdade permite conhecer os nômenos.

O homem é fenômeno e nômeneo ao mesmo tempo<sup>27</sup>. Enquanto fenômeno, obedece à lei causal, da natureza. Enquanto nômeneo, não se submete à lei causal, mas a uma causalidade livre, uma liberdade ou autonomia da vontade<sup>28</sup> (liberdade transcendental – transcende à lei causal).

Essa liberdade de vontade que transcende a lei causal só é verdadeiramente livre se associada à lei moral, que a afasta dos jugos das próprias inclinações humanas (*deves, logo podes*). Essa liberdade de jugo interno constitui a liberdade interior ou liberdade psicológica (liberdade prática)<sup>29</sup>. Desse modo, o dever não se assentaria em sentimentos, mas somente na relação de seres racionais entre si, em que a vontade humana tem de ser considerada como fundadora de uma lei universal<sup>30</sup>. Uma vontade livre seria um absurdo. Mas vontade livre, dirigida a uma lei universal, “*e vontade submetida a leis morais são uma e mesma coisa*”<sup>31</sup>.

A liberdade prática, assim, representa a imunidade da vontade frente aos jugos internos, que é conquistada pela submissão à lei moral, que é um dado pré-existente, um imperativo categórico, que é explicado, por Kant como “*aquele que nos representasse uma ação como objetivamente necessária por si mesma, sem relação com qualquer outra finalidade*”<sup>32</sup>. O imperativo categórico ligado ao cumprimento de um dever consistiria em agir “*apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal*”<sup>33</sup>.

Mas, para que o homem se torne sujeito moral pleno, à liberdade prática deve-se associar uma liberdade externa, que consiste na imunidade frente aos obstáculos

---

<sup>25</sup> KANT – Fundamentação da Metafísica dos Costumes, in Os Pensadores, p. 246, 1974, Editor Victor Civita.

<sup>26</sup> PELÁEZ, Francisco Contreras – *El Tribunal de la Razón – El Pensamiento Jurídico de Kant*, Editorial MAD, 2005, Sevilla.

<sup>27</sup> KANT – *op. cit.*, p. 248.

<sup>28</sup> “*Autonomia é pois o fundamento da dignidade da natureza humana e toda a natureza racional*” (KANT - *op. cit.*, p. 235).

<sup>29</sup> PELÁEZ – *op. cit.*

<sup>30</sup> KANT – *op. cit.*, p. 233/234.

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 243.

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 218/219.

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 233 e HAMLIN - *Op. cit.*, p. 281. Kant ainda formula o imperativo de outras maneiras: “*Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio*” (p. 229); “*Age segundo máximas que possam simultaneamente ter-se a si mesmas por objeto como leis universais da natureza*” (p. 236).

empíricos de todo o tipo de conduta que possa entorpecer a implementação de suas decisões, a preservação de um reduto inviolável de autonomia individual e de privacidade, e que caracteriza a liberdade jurídica. Nela, o homem só pode ser submetido a restrições para se ajustar às demais vontades dos outros.

Nesse ponto, entram em cena as concepções de Direito e de Estado, de Kant. Enquanto a lei moral é um problema individual, o Direito e o Estado só devem se preocupar com a viabilidade da vida social e com a proteção de uma esfera de liberdade dos homens. O Direito e o Estado não têm a missão de melhorar os homens, nem o de prover o bem estar dos cidadãos, mas somente a de assegurar o seu convívio e os seus interesses privados, até porque muitas das características consideradas nocivas do ser humano – como o egoísmo e a ambição – são indispensáveis ao progresso social, cultural e técnico da sociedade. O antagonismo individual é fonte de progresso (*el hombre quiere concordia, pero la Naturaleza sabe mejor lo que le conviene a la especie y quiere discordia*<sup>34</sup>).

O Direito e o Estado, assim, não podem ter funções sociais ou morais.

As idéias de Kant serviram de trunfo para a implementação dos direitos fundamentais de primeira geração, mas foram usadas, também, para a perpetuação das desigualdades na sociedade liberal-burguesa, justificando a omissão dos Estados em promover igualdade social e econômica.

Não há dúvida, porém, que os ideais liberal-iluministas vieram romper com a brutalização imperante das relações de poder, reivindicando métodos probatórios e penas proporcionais, bem como a abolição de todo o tipo de crueldade no processo. Passou-se a reconhecer que o ser humano tem uma dimensão de dignidade e em nome dela deve ser respeitado em sua individualidade. O respeito à individualidade liberal-iluminista permitiu recompor as dimensões do corpo e da alma numa única, portadora de uma pretensão de proteção por parte do Estado e também contra o Estado, em nome da dignidade humana.

O individualismo iluminista foi contestado pela doutrina marxista<sup>35</sup>, que também negava a existência de uma alma. Com base em estudos de Pavlov, sobre a atividade

---

<sup>34</sup> PELÁEZ – *op. cit.*, p. 43.

<sup>35</sup> A filosofia marxista surge na Alemanha do século XIX no contexto do idealismo alemão e após a expulsão das tropas de Napoleão, que tinham invadido a Alemanha em 1806. O grande filósofo do idealismo alemão era Kant para quem o conhecimento humano é produto da experiência e das idéias *a priori*. Mas Kant distinguia os fenômenos dos nômênos, sendo que somente os primeiros poderiam ser apreendidos e

superior do sistema nervoso, sustentava-se que a consciência depende da matéria. Para Marx, a produção de idéias, de representação e de consciência estão ligadas à atividade material, constituindo a linguagem da vida real dos homens<sup>36</sup>.

Nesse sentido, explica Benedicto de Campos, *“a consciência social – conjunto de idéias, de representações, de valores morais e religiosos etc., nada mais é do que o reflexo das condições de vida material da sociedade. É justamente essa consciência social que vai moldar as consciências individuais...Para o materialismo dialético, o primordial é a vida material, secundário é a consciência”*.<sup>37</sup>

Para Marx, *“o ideal nada mais é que o material, transposto e traduzido na cabeça do homem”*.<sup>38</sup> O homem nada mais seria que o reflexo da realidade objetiva.<sup>39</sup>

Por outro lado, a doutrina marxista pregava a desnecessidade tanto da Moral, como do Direito e do Estado, na medida da implantação do comunismo. Consequentemente, a idéia de justiça também não teria sentido, só se justificando numa relação de troca, característico da sociedade capitalista<sup>40</sup>.

---

explicados pelo conhecimento. Já os segundos – aos quais correspondiam às essências das coisas – não podiam ser atingidos pelo conhecimento humano, porque integrariam o mundo da idéias, um mundo universal e estático. Hegel parte do idealismo, mas sustenta que, embora a consciência humana seja manifestação do espírito, esse espírito é absoluto, universal, produto de um espírito superior, que existe fora do mundo material, num mundo transcendente. E revoluciona a filosofia daquele tempo ao afirmar que esse mundo é dialético, ou seja, está num contínuo processo de transformação. Após a morte de Hegel, duas correntes de discípulos se formam: os de direita e os de esquerda. Marx se situa entre os segundos. Aproveita a tese da dialética do mundo, mas, aproveitando-se das idéias materialistas de Feuerbach, passa a sustentar que essa dialética é materialista e, não, idealista objetiva (de um espírito absoluto), rompendo, assim, com Hegel. Mas enquanto Feuerbach caminha para um materialismo psicológico ou fisiologista, Marx dele se distancia, pregando que é a vida real dos homens que produz todas as demais manifestações da vida, fornecendo as bases teóricas para o materialismo dialético, que fundamentou a filosofia marxista (CAMPOS, Benedicto – Introdução à Filosofia Marxista, 1988, Editora Alfa-ômega, SP e MARÍAS, Julián – História da Filosofia, ps. 347/361, 2004, Ed. Martins Fontes, SP).

<sup>36</sup> CAMPOS, Benedicto – Introdução à Filosofia Marxista, p. 60, 1988, Editora Alfa-ômega, SP.

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 60.

<sup>38</sup> *Apud* CAMPOS, Benedicto – Introdução à Filosofia Marxista, p. 60, 1988, Editora Alfa-ômega, SP. Segundo o mesmo autor, citando textualmente Marx: *“As representações, o pensamento, o comércio intelectual dos homens surgem aqui como emanção direta do seu comportamento material. O mesmo acontece com a produção intelectual quando esta se apresenta na linguagem das leis, da moral, da religião, metafísica etc., de um povo. São os homens que produzem as suas representações, as suas idéias etc., mas os homens reais, atuantes e tais como foram condicionados por um determinado desenvolvimento das forças produtivas e do modo de relações que lhes corresponde, incluindo as formas mais amplas que estas possam tomar (Ideologia Alemã)”* (p. 81).

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 81.

<sup>40</sup> PASUKANIS, E. B. – *op. cit.*, p.137/138, 1989, Ed. Renovar, RJ.

Uma nota essencial do Direito Penal de matriz marxista<sup>41</sup>, pela qual se extrai a desconsideração com a individualidade da pessoa, é a pretendida abolição da culpabilidade como critério de determinação da responsabilidade penal. Transitou-se, assim, para a abolição da tipicidade técnica, para um critério de responsabilidade da sociedade e para a substituição da pena por medidas terapêuticas para recuperar o delinqüente<sup>42</sup>.

Contraditoriamente, o Direito Processual Penal soviético (Bases do Procedimento Judicial Penal da URSS e das Repúblicas Federadas, de 1958) proclamava fundar-se no denominado humanismo socialista, em que, pretensamente, são respeitados os direitos do acusado, ao lado da orientação geral de “*asegurar la inevitabilidad del justo castigo (penal o social) de los delincuentes y prevenir los delitos*”<sup>43</sup>.

Em que pese o combate às distorções geradas pelo individualismo liberal-burguês, os Estados marxistas, por seu turno, propiciaram outras tantas distorções, sendo, talvez, a mais grave a despreocupação com uma dimensão individual do ser humano.

A recapitulação acima, ainda que breve e limitada, devido ao objetivo geral do trabalho, teve o propósito de ilustrar períodos diferentes da história da civilização e extrair deles o tratamento dispensado à esfera privada do ser humano. Ao final da retrospectiva, é inegável reconhecer que foi a sociedade burguesa, de matriz liberal, que melhor equilibrou as esferas pública e privada.

Como assinala Nelson Saldanha<sup>44</sup>, a burguesia liberal não só ampliou as estruturas econômicas, como consagrou a noção de ordem pública e entronizou a praça como lugar de decisões históricas. Os regimes totalitários sempre se mostraram hostis à

---

<sup>41</sup> Convém dizer que o Direito Penal de países comunistas granjeou inúmeras críticas. Ao examinar o Código Penal da extinta URSS, acentuou Luis Jimenes de Asua: “*Las características de este derecho ruso son antiliberales. El principio de la libertad, que tiene su resguardo en la máxima nullum crimen nulla poena sine lege, queda abrogado políticamente – aunque susista como instrumento auxiliar para el hallazgo del tipo análogo – por la instauración del tipo objetivo. Y, por ultimo, la fraternidad, que proclama en el derecho penal liberal la benignidad de las penas, se quebrantada por la aplicación de la muerte en gran escala.*” (ASUA, Luis Jimenez - *Derecho Penal Soviético*, p. 27, 1947, Tipográfica Editora Argentina, B. Aires).

<sup>42</sup> No dizer de E. B. Pasukanis, o direito antigo “*era pleno do conceito de responsabilidade coletiva. Puniam-se crianças pelos delitos de seus pais e a gens era responsável por cada um de seus membros. A sociedade burguesa dissolve todos os vínculos primitivos e orgânicos preexistentes entre os indivíduos. Ela proclama o princípio do cada um por si e o realiza em todos os seus domínios – inclusive no direito penal – de maneira bastante conseqüente.*” (PASUKANIS, E. B. – op. cit., p. 156, 1989, Ed. Renovar, RJ).

<sup>43</sup> ANASHKIN, G. e MINKOVSKI, G. – *Preceptos Fundamentales de la Legislación Penal Procesal Soviética, in Bases de La Legislación Penal, Organización Judicial y del Procedimiento Criminal de la URSS*, p. 89/90, traducido por José Echenique, Editorial Progreso, Moscou.

<sup>44</sup> O Jardim e a Praça, 1986, Sérgio Antonio Fabris Editor.

vida privada, chegando a suprimi-la ou ao menos a restringi-la. O anarquismo pregava a eliminação do público e o socialismo se inclinava a fazer preponderar o social. Foi o liberalismo que melhor equilibrou o público e o privado e que “*melhor preservou as melhores configurações de cada um destes lados*”<sup>45</sup>.

Veremos, no item seguinte, que a configuração liberal é a que melhor protegeu a unidade do ser humano e a que melhor respeitou o mais recôndito de sua natureza. Mas sustentar-se-á que não há espaço para os absolutismos do individualismo e da liberdade em uma concepção civilizatória da humanidade, que exige o preço de contenções em prol da harmonia do grupo social. Trata-se de buscar um equilíbrio e de justificá-lo.

#### **IV. A Natureza Instintiva da Liberdade e a Restrição Inerente à Civilização**

A liberdade humana é ontológica; ela funda o Estado e o Direito; não é fundada por eles.

A trajetória liberalizante do ser humano, imprimida pela revolução liberal-burguesa, encontra fundamentação no mais profundo da natureza humana e é convincentemente explicada pela psicanálise.

Segundo Freud<sup>46</sup>, o propósito da vida é a obtenção da felicidade, regida pelo princípio do prazer. Mas a natureza humana e as condições de sua existência, por si só, já fornecem os motivos eficientes da infelicidade, contra a qual lutam os homens. O sofrimento inerente à existência nos ameaça a partir de três direções: o nosso próprio corpo, fadado à decadência; os fenômenos naturais do mundo exterior e os relacionamentos sociais<sup>47</sup>.

---

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 26/27.

<sup>46</sup> Mal Estar na Civilização, Edição Standard Brasileira das Obras Completas de Sigmund Freud, volume XXI, 2006, Imago Editora.

<sup>47</sup> Freud elenca alguns artificios para evitar essas ameaças e obter algum grau de felicidade: contra o desprazer dos relacionamentos sociais, pode-se tornar um eremita; contra os fenômenos da natureza, podemos tentar sujeitá-los a nossa vontade, com o concurso da ciência e de outros homens; contra todos eles, pode-se experimentar a intoxicação química. Outras formas: o aniquilamento dos instintos (o que é perseguido pela ioga), o deslocamento de libido, que provoca a sublimação dos instintos por meio de atividades intelectuais ou artísticas, a distensão do vínculo com a realidade, por meio de ilusões, o remodelamento delirante da realidade, o que é realizado normalmente com um número elevado de pessoas (como a religião) e, por fim, o recurso a processos mentais internos que utiliza os objetos do mundo externo, extraindo felicidade de sua relação emocional com eles por meio do amor, especialmente o amor sexual (FREUD, Sigmund, *op. cit.*).

As duas primeiras ameaças são de ordem natural. A terceira é da ordem humana. Para lidar com a ameaça dos fenômenos naturais, foi preciso unir os homens para submeter a natureza aos interesses da comunidade. Ao fundar-se a união, primeiro de famílias, depois de tribos, povos e nações, instituíram-se os relacionamentos sociais entre os homens, com as suas diferentes visões do mundo. A civilização<sup>48</sup> foi, desse modo, a primeira tentativa de regular os relacionamentos sociais: “*Se essa tentativa não fosse feita, os relacionamentos ficariam sujeitos à vontade arbitrária do indivíduo, o que equivale a dizer que o homem fisicamente mais forte decidiria a respeito deles no sentido de seus próprios interesses e impulsos instintivos...A vida humana em comum só se torna possível quando se reúnem uma maioria mais forte do que qualquer indivíduo isolado e que permanece unida contra todos os indivíduos isolados*”<sup>49</sup>.

Além das ameaças decorrentes das duas causas naturais (o corpo e a natureza), a ordem social instituída para regular a terceira das causas – os relacionamentos sociais – ela própria já é uma causa de sofrimento, na medida em que inibe os instintos naturais de prazer, fontes de felicidade, gerando, também ela, fontes de desprazer pela liberdade perdida. O impulso de liberdade volta-se contra a civilização, reivindicando diversos âmbitos de liberdade, ainda que contra a vontade geral do grupo<sup>50</sup>.

A civilização, assim, é construída sobre uma renúncia ao instinto do prazer e sobre o reconhecimento de não-satisfação de instintos poderosos<sup>51</sup>. Conseqüentemente, o natural instinto agressivo do homem se opõe a esse programa de civilização<sup>52</sup>.

Freud conclui que, daquelas três fontes de desprazer, a fonte social do sofrimento não é admitida de modo algum e somos levados a crer que “*nossa civilização é em grande parte responsável pela nossa desgraça*”<sup>53</sup>.

A tensão é permanente entre o instinto natural de liberdade, que segue o princípio do prazer, e a civilização criada pelos mesmos homens para limitar a liberdade de todos em prol da segurança e para submeter os fenômenos naturais. A civilização, assim, contém o germe da restrição da liberdade.

---

<sup>48</sup> “Civilização é a soma integral das realizações e regulamentos que distinguem nossas vidas das de nossos antepassados animais, e que servem a dois intuítos, a saber, o de proteger os homens contra a natureza e o de ajustar os seus relacionamentos mútuos” (FREUD, Sigmund, op. cit., p. 96).

<sup>49</sup> *Ibidem*, p. 101.

<sup>50</sup> *Ibidem*, p. 102.

<sup>51</sup> *Ibidem*, p. 104.

<sup>52</sup> *Ibidem*, p. 125.

<sup>53</sup> *Ibidem*, p. 93.

O programa liberal-burguês, porém, foi o que melhor compreendeu a natureza humana e seu instinto de prazer, de obtenção de felicidade e de um âmbito o mais amplo possível de liberdade. Isso justifica, pelo menos na cultura ocidental, o seu arraigamento social, bem como revela a grande dificuldade de adaptação dos seres humanos a um programa de cunho marxista, socialista ou comunista<sup>54</sup>.

Mas, como não podia deixar de ser, o ideal liberal e o sistema capitalista decorrente criaram também seus sofisticados mecanismos de restrição da liberdade e de opressão. Simone Weil, mordaz crítica do regime capitalista, cuja obra preocupou-se basicamente em determinar as causas da opressão política e social e em lutar contra ela, lamentou: *“Poupemo-nos as desilusões daqueles que, tendo lutado por Liberdade, Igualdade, Fraternidade, descobriram um belo dia ter obtido, como dizia Marx, Infantaria, Cavalaria e Artilharia”*<sup>55</sup>. Propondo uma revisão do marxismo<sup>56</sup> e criticando Marx e a Revolução Russa, a filósofa francesa empunha a bandeira da liberdade, mas a toma de uma maneira original, centrando-a na capacidade de pensar e de agir do ser humano. Em um primeiro momento, dirige suas considerações para uma espécie de liberdade interna:

*“Existe uma concepção bem diferente, que é uma concepção heróica que é aquela do senso comum. A verdadeira liberdade não se define por uma relação entre desejo e a satisfação, mas por uma relação entre o pensamento e a ação; seria completamente livre o homem cujas ações procedessem todas de um julgamento prévio concernindo ao fim que ele se propõe e ao encadeamento dos meios próprios para levar a esse fim Pouco importa que as ações em si mesmas sejam leves ou dolorosas, e pouco importa que sejam coroadas de sucesso; a dor e o fracasso podem tornar o homem*

---

<sup>54</sup> A propósito, Freud escreveu: *“Não estou interessado em nenhuma crítica econômica do regime comunista...Mas sou capaz de reconhecer que as premissas psicológicas em que o sistema se baseia são uma ilusão insustentável (op. cit., p. 118).*

<sup>55</sup> Perspectivas: Vamos para a Revolução Operária?, in Opressão e Liberdade, p. 11, 2001, EDUSC.

<sup>56</sup> A propósito do sistema capitalista que supõe levar a civilização à destruição, a autora pergunta como Marx pôde acreditar algum dia que a escravidão possa formar homens livres. *Jamais ainda na história um regime de escravidão caiu sob os golpes dos escravos. A verdade é que a escravidão avilta o homem até fazer-se amar por ele; que a liberdade não é preciosa senão aos olhos daqueles que a possuem efetivamente; e que um regime inteiramente inumano como é o nosso, longe de forjar seres capazes de edificar uma sociedade humana, modela à sua imagem todos aqueles que lhe são submetidos, tanto oprimidos quanto opressores (Reflexões sobre as Causas da Liberdade e da Opressão Social, in op. cit., p. 145).*

*infeliz, mas não podem humilhá-lo enquanto é ele mesmo que dispõe de sua própria faculdade de agir. E dispor de suas próprias ações não significa de modo algum agir arbitrariamente; as ações arbitrárias não procedem de nenhum julgamento, e não podem, para falar propriamente, ser chamadas de livres...O homem vivo não pode em nenhum caso deixar de estar oprimido de todos os lados por uma necessidade absolutamente inflexível; mas, como ele pensa, tem a escolha entre ceder cegamente ao aguilhão pelo qual ela o impele do exterior, ou se conformar à representação que dela ele forja para si; e é nisso que consiste a oposição entre servidão e liberdade*<sup>57</sup>.

A liberdade consistiria, em suma, na capacidade de representar a necessidade e dispor de suas faculdades para a ação que projetou para superá-las, importando menos o atingimento do fim colimado. Essa noção tem por base um pensamento responsável na direção da representação da sociedade que se quer criar. Basta-lhe a lucidez do ato *heróico*.

Mas, reconhece, essa liberdade não passa de um ideal, no modelo de sociedade então vigente naqueles tempos, complexa e dominada por um regime capitalista inumano<sup>58</sup>. Aperfeiçoando modelo proposto, pensou um outro - mais à moda Rousseau, mas sem alusão ao Estado - que também considerou absolutamente utópico, em que cada indivíduo se governasse a si próprio e, a partir daí, teria condições de controlar o conjunto da vida coletiva, cujo interesse de preservação seria suficiente para apagar as rivalidades individuais<sup>59</sup>. Esse modelo de liberdade já é pensado de maneira relacional, ou seja, em relação ao restante do grupamento social, a partir do autocontrole<sup>60</sup> e da vontade geral na coordenação de esforços dos outros membros da vida coletiva.

Embora esse segundo modelo seja também reconhecido como utópico pela autora, enfim, o que ela defende é que a diminuição da opressão política e social só será

---

<sup>57</sup> Reflexões sobre as Causas da Liberdade e da Opressão Social, *in op. cit.*, p. 109/110.

<sup>58</sup> A autora escreveu em 1931 num ambiente trágico em que já se previa a eclosão da II Guerra Mundial e a catástrofe subsequente, bem como a ameaça à liberdade dos regimes nazi-fascistas.

<sup>59</sup> “...cada um seria capaz de controlar a atividade de todos os outros fazendo apelo somente a sua razão. Há apenas uma única razão para todos os homens” (*ibidem*, p. 124/125).

<sup>60</sup> “...cada trabalhador teria de controlar ele próprio, sem referir-se a nenhuma regra exterior...” (*ibidem*, p. 124).

conseguida na medida em que cada um seja capaz de pensar e de agir em prol da coletividade, o que ampliará o espaço de liberdade de cada qual<sup>61</sup>. Desse modo, concluiu:

*“A concepção puramente negativa de um enfraquecimento da opressão social não pode, por si mesma, dar um objetivo às pessoas de boa vontade. É indispensável fazer-se ao menos uma representação vaga da civilização à qual se deseja que a humanidade chegue; e pouco importa se essa representação se aproxima mais de um simples devaneio do que de verdadeiro pensamento”.*<sup>62</sup>

Ainda que proponha, ao final de seu trabalho, uma reação contra a subordinação do indivíduo à coletividade<sup>63</sup>, ainda que defenda a liberdade contra a opressão, é inegável que seu pensamento – admitido como ficcional, mas que deve ser buscado como ponto de referência – revela a necessidade de um compromisso social, de concessão clara de um âmbito de liberdade em prol do grupo social. A diferença é que este grupo social é constituído por homens que pensam e agem e que decidem se constituir como grupo social.

De qualquer modo, seria a razão pensante de cada homem a instituidora da ordem social. Está implícita a idéia de responsabilidade de cada homem por outrem e pela sociedade e, com isso, se estaria limitando todas as formas de opressão que viessem do exterior. As restrições provindas do interior de cada homem, numa antropologia de deveres, tornariam desnecessárias quaisquer restrições externas.

Em que pese a anunciada utopia, é também inegável reconhecer um ponto de afinidade com o pensamento freudiano, nesse voltar-se para si, para estabelecer um programa de ação individual que se imponha auto-limites:

---

<sup>61</sup> “*Em resumo, a sociedade menos má é aquela em que o comum dos homens se acha mais frequentemente na obrigação de pensar agindo, tem as maiores possibilidades de controle sobre o conjunto da vida coletiva e possui mais independência*” (*ibidem*, p. 129).

<sup>62</sup> *Ibidem*, p. 129/130.

<sup>63</sup> *Ibidem*, p. 152/153. A contradição entre uma liberdade responsável e com deveres do início de sua obra e a proclamada insubordinação do indivíduo ao coletivo, do final da mesma obra, pode ser justificada pela preocupação da autora com a ameaça nazi-fascista, que já se fazia presente ao tempo em que concluiu o trabalho.

*“A ética é um esforço para alcançar através de uma ordem do super-ego<sup>64</sup> algo até agora não alcançável por qualquer outra atividade cultural”<sup>65</sup>.*

É o princípio da realidade que nos capacita a enfrentar as fontes do desprazer, quando o ego se separa do mundo externo, que não pode dominar<sup>66</sup>. Para usar a expressão de Simone Weil, é preciso uma certa *conformação* à representação do que sejam as verdadeiras necessidades. Não é possível dominar tudo. Não é possível ter tudo. Não é possível ter todas as liberdades. É preciso ceder alguma coisa para que a civilização sobreviva e cumpra a missão para a qual foi designada por um, também, impulso natural dos homens.

Essa construção de uma liberdade responsável está a um passo da concepção kantiana de uma lei moral e do seu imperativo categórico, explicitado, como acima foi feito, como *“aquele que nos representasse uma ação como objetivamente necessária por si mesma, sem relação com qualquer outra finalidade”<sup>67</sup>* e que recomendaria agir *“apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal”<sup>68</sup>*.

Como se vê, a própria concepção que fundamentou a reivindicação de um espaço amplo de liberdade, contém, na origem, uma recomendação para que essa mesma liberdade não seja absoluta, para que seja imune a vontades desenfreadas e que seja exercida como uma lei universal, no sentido de lei geral, aproveitável para todos, embora sem a intromissão do Estado e do Direito, na concepção kantiana.

Para que uma concepção responsável da liberdade possa ser eficiente, contudo, é preciso que ela seja devidamente legitimada numa ética. E aqui reside o grave problema dos tempos atuais. Anota Maria Rita Kehl<sup>69</sup> que estamos passando por uma crise ética que

---

<sup>64</sup> Freud explica que o super-ego é uma parte do ego que se separa dele, assumindo a forma de consciência (*op. cit.*, p. 127).

<sup>65</sup> *Op. cit.*, p. 145.

<sup>66</sup> *Op. cit.*, p. 76.

<sup>67</sup> KANT – Fundamentação da Metafísica dos Costumes, *in* Os Pensadores, p. 218/219, 1974, Editor Victor Civita..

<sup>68</sup> *Ibidem*, p 233.

<sup>69</sup> Sobre Ética e Psicanálise, 2ª reimpressão, 2005, Companhia das Letras.

diz respeito a duas vertentes: a) a dificuldade de reconhecimento da lei universal que impõe uma renúncia ao excesso de gozo; b) a desmoralização do código que regeu a vida burguesa. Sobre a primeira vertente, diz a autora, a crise se atribui à dificuldade de reconhecimento de uma dívida simbólica: “*é uma dívida com os antepassados e com a coletividade a que pertencemos, seja ela representada por um país, uma cultura, uma religião ou uma classe social*”<sup>70</sup>, que impõe o adiamento do prazer, não mais aceitável numa economia de mercado aberto, globalizado e agressivo que sugere, a todo o momento, o consumo de bens supérfluos. Sobre a segunda vertente, esclarece a autora que a moral burguesa e seu código de conduta não são mais capazes de revelar uma ética universal, à moda kantiana, de busca do ideal do bem comum.

Nesse sentido, conclui a autora, a psicanálise freudiana não produziu outra coisa do que abalar as estruturas da moral burguesa ao revelar o quanto esta provocou sofrimento ao homem e aos outros homens e ao desvelar, também, o inconsciente, que não se funda em razões de ética<sup>71</sup>.

A crise ética a que se refere a autora é produto de um homem deserdado de Deus e da razão e que, por isso mesmo, busca a satisfação pessoal a qualquer custo, impelido pelas regras de mercado e que se revolta quando premido a restringir sua ampla esfera de liberdade.

Não há mais uma verdade universal onde se possa arrimar o ser humano. Se falta uma ética universal, é o Deus da Constituição que, para além de lhe outorgar amplos direitos, vai cobrar a recuperação de uma tradição ou, como disse a autora citada, a dívida dos antepassados e do grupo social por meio limites imanentes dos próprios direitos fundamentais que ela prescreve.

Agora que a distância temporal permite que se critique o modelo liberal-individualista convém perquirir o que se legou à civilização atual, o que consta da tábua axiológica da Constituição brasileira e quais os valores que guiam os seus variados intérpretes<sup>72</sup>, de modo a concluir, com Konrad Hesse, que “*direitos fundamentais não*

---

<sup>70</sup> *Op. cit.* p. 14.

<sup>71</sup> *Op. cit.*, pgs.28/34.

<sup>72</sup> HABERLE, Peter – *Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e Procedimental da Constituição*, 1997, Sérgio Antonio Fabris Editor.

*podem existir sem deveres*<sup>73</sup> e que a *vontade de Constituição* impõe renunciemos a alguns benefícios ou vantagens justas<sup>74</sup>. Citando textualmente Burhardt, Hesse, disse: *“Quem se mostra disposto a sacrificar um interesse em favor da preservação de um princípio constitucional, fortalece o respeito à Constituição e garante um bem da vida indispensável à essência do Estado, mormente ao Estado democrático”*<sup>75</sup>.

Transpondo estas conclusões parciais ao tema que nos interessa, convém, desde logo, apontar no sentido de tornar-se indesejável, para a força normativa da Constituição brasileira, que a dicotomia entre a entidade corporal e a não corporal permita que qualquer intervenção à entidade corporal do acusado, para fins probatórios, seja peremptória e absolutamente vedada, sem qualquer consideração ao efetivo prejuízo que tal intervenção venha concretamente a causar nas outras entidades não-corporais ou a dignidade do mesmo acusado. O ser humano é uno e sua proteção só pode e deve ser concebida em atenção à sua unidade.

Nesse sentido, adverte Kurt Steelman que a concepção de dignidade humana que a identifica como um estado de regularidade, sem mais, levará a considerar atentatório à dignidade *“certas representações humanas também ali onde o indivíduo atingido sequer vê sua dignidade ameaçada”*<sup>76</sup>.

Como já se insinuou no início, a direção do presente trabalho vai no sentido oposto: não deve existir um direito ilimitado de proteção e o que mede esse limite deve ser a concepção de dignidade humana.

Essa conclusão parcial terá de ser melhor explicada no item seguinte.

## **V. Para Além do Corpo, o que Deve Proteger a Constituição?**

Como anunciado no final do item precedente, o que se reivindica é que a

---

<sup>73</sup> O contexto da frase citada é o seguinte: *“Se pretende preservar a força normativa dos seus princípios fundamentais, deve ela (a Constituição) incorporar, mediante meticulosa ponderação, parte da estrutura contrária. Direitos fundamentais não podem existir sem deveres, a divisão de poderes há de pressupor a possibilidade de concentração de poder, o federalismo não pode subsistir sem uma certa dose de unitarismo”* (HESSE, Konrad – A Força Normativa da Constituição, p. 21, 1991, Sérgio Antonio Fabris Editor).

<sup>74</sup> *Ibidem*, p. 22.

<sup>75</sup> *Ibidem*, p. 22.

<sup>76</sup> Pessoa e Dignidade da Pessoa na Filosofia de Hegel, in SARLET, Ingo (org) – Dimensões da Dignidade, p. 45, 2005, Livraria do Advogado.

interpretação dos dispositivos convencionais e constitucionais, no tocante ao tema das intervenções corporais, permita contemplar o ser humano como uma unidade, composta pelas entidades corpórea (ou física), psíquica, moral e espiritual (ou almática), que lhe dotam de uma especial dignidade, em nome da qual é merecedor de proteção constitucional.

Consequentemente, quando se protege o corpo do acusado de qualquer intervenção, com o objetivo de obtenção de prova, bem como quando se protege o preso de tratamento cruel no cumprimento da pena, está-se protegendo algo mais que o corpo: a dignidade humana dele e indiretamente da humanidade toda.

É evidente que a entidade corporal é um valor bastante para ser protegido constitucionalmente. Mas não se trata de um valor alheado dos demais. A proteção devida, só deve ser *devida* no contexto das demais entidades que lhe são agregadas e da gravidade da intervenção.

Desse modo, as intervenções corporais que se mostrem necessárias e que não contradigam as práticas sociais normais da vida de relação, não podem ser absolutamente afastadas, sem qualquer consideração de violarem ou não a dignidade humana, em nome de uma incondicional proteção da entidade corporal do acusado. Detalhando um pouco mais: a utilização das partes do corpo humano, cujo destaque ou descarte se fazem de maneira socialmente aceitável ou natural, apreendidas ou extraídas para fins de prova, não podem ser proibidas de modo absoluto, quando não violarem as demais entidades humanas: a psíquica, a moral, a espiritual ou a almática, enfim, a dignidade da pessoa.

Não há um direito absoluto para negar a utilização do corpo humano como prova, a não ser quando isso viole a dignidade humana.

Não há um direito absoluto de negar-se a se submeter ao exame de pareamento cromossômico (DNA), à extração de sangue ou exalação de ar (etilômetro ou bafômetro) para verificação de nível de álcool no organismo, à coleta de urina com o mesmo fim, ao recolhimento de impressões digitais e ao recolhimento de cabelos para a realização de perícia. Isso porque, a vida de relação encara como absolutamente normal a extração de sangue e urina para exames laboratoriais de saúde, bem como o corte de cabelo.

Além dos fundamentos lançados, algumas atividades que representam risco<sup>77</sup> à incolumidade pública, também justificam não só o afastamento de um direito absoluto ao próprio corpo, mas, também, a obrigação de deixar-se submeter à perícia. É o caso da condução de veículos motorizados. Quem se propõe a conduzir um veículo motorizado, além de precisar obter a permissão estatal, tem o dever, obviamente pressuposto, de que deve fazê-lo em condição de completa higidez, pela evidente razão de que essa atividade é naturalmente perigosa. Não há como negar que pôr em movimento um bólido de algumas toneladas, imprimindo-lhe qualquer velocidade que seja, põe em risco a incolumidade pública e, por isso, fica pressuposto o dever de deixar-se submeter aos exames necessários, e quando necessários, o que legitima o dever de deixar-se periciar. O piloto de aviação sabe que, periodicamente, deve submeter-se a exames médicos complexos, sob pena de perda da autorização para pilotar. O mesmo deve se passar com a condução de veículos motorizados. Nesse sentido, as atuais redações dos artigos 165 e 277, § 3º, do Código de Trânsito Brasileiro, por força da Lei nº 11.705/2008, são plenamente constitucionais<sup>78</sup>.

Ao contrário, não há um dever de submeter-se à cirurgia para apreensão de objetos ou para a prova do crime, porque, além de proibidas pelo artigo 15<sup>79</sup> do Código Civil, envolvem risco de morte. Também, não há dever de submeter-se à reconstituição do crime, pois só tem pertinência quando voluntária.

Do mesmo modo, não é justificável exigir do acusado que escreva ou que fale para fins de prova pericial grafotécnica ou vocal. Mas ao Estado não é vedado obter os padrões necessários à perícia de outro modo, colhendo-o indiretamente no momento em que o acusado falar ou escrever, nos atos policiais ou judiciais, desde que advertido de tal intenção para que possa, querendo, exercer os direitos de não assinar ou de silenciar.

---

<sup>77</sup> A utilização do termo *risco* tem provocado uma certa celeuma no âmbito do Direito Penal, com parte da doutrina sustentando uma dogmática do risco, que alteraria, em maior ou menor profundidade, um ruptura da dogmática penal tradicional, envolvendo os institutos do bem jurídico, da responsabilidade penal pessoal, do crime de perigo, etc. (DIAS, Jorge de Figueiredo – Algumas reflexões sobre o Direito Penal na sociedade de risco, in Problemas Fundamentais de Direito Penal, 2002, Universidade Lusíada Editora).

<sup>78</sup> Artigo 165 do CTB – Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer substância psicoativa que determine dependência: Infração – gravíssima; Penalidade – multa (cinco vezes) e suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses; Medida administrativa – retenção do veículo até apresentação de condutor habilitado e recolhimento do documento de habilitação.

Artigo 277, § 3º - Serão aplicadas as penalidades e medidas administrativas estabelecidas no art. 165 deste Código ao condutor que se recusar a submeter a qualquer dos procedimentos previstos no *caput* deste artigo (o *caput* trata dos procedimentos para a perícia de alcoolemia e outras perícias).

<sup>79</sup> Artigo 15 – Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento ou a intervenção cirúrgica.

Impõe-se absolutamente a advertência prévia, pois o Estado tem o dever de agir eticamente.

Nessa concepção, ora proposta, impõe-se como necessário reexaminar o denominado direito ao silêncio ou direito de não depor contra si mesmo, já aludido aqui, mais acima. No ordenamento brasileiro, a matriz da garantia<sup>80</sup> vem da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que a previu no artigo 8º, 2, letra g, nos seguintes termos: *direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a de declarar-se culpada*. Trata-se de uma garantia que protege a incolumidade física, psíquica e moral do acusado, prevenindo quaisquer coações físicas ou morais para obtenção de declarações que possam lhe causar prejuízo. Coações desse tipo evidentemente representam afronta à dignidade humana e devem mesmo ser proibidas, como quaisquer outras que obriguem a prática de atos que exijam, para sua consecução, a voluntariedade do acusado.

Dos termos da garantia convencional, porém, não decorre um direito absoluto de negar-se a se submeter a perícias nas partes do corpo humano que são natural ou socialmente destacáveis sem prejuízo à dignidade humana, como o sangue, a urina, os cabelos. Evidente que se trata de uma interpretação extensiva<sup>81</sup>, que tem sido feita por razões historicamente justificáveis e de todo aceitáveis, relacionadas à tradição autoritária e excludente assumida pelo Direito Penal e Processual Penal, especialmente a brasileira, que teima em criminalizar os social e economicamente marginalizados. Nesse sentido, é aguda a crítica de Joel Birman, principalmente quanto aos efeitos do capitalismo mundial na era globalizada:

*“Com efeito, nas novas condições de trabalho engendradas pela globalização há um excesso de trabalhadores que não podem ser*

---

<sup>80</sup> “Ora, uma coisa são as garantias constitucionais, outra coisa os direitos, de que essas garantias traduzem, em parte, a condição de segurança, política ou judicial. Os direitos são aspectos, manifestações da personalidade humana em sua existência subjetiva, ou nas suas situações de relação com a sociedade, ou os indivíduos, que a compõem. As garantias constitucionais *stricto sensu* são as solenidades tutelares, de que a lei circunda alguns desses direitos contra os abusos do poder” (BARBOSA, Rui - Atos Inconstitucionais, p. 154, 2003, Russel Editores).

<sup>81</sup> O STF tem ampliado a garantia em três direções básicas: reconhecê-la para outras pessoas que não o preso; incluir outros direitos e não apenas o de calar (não fornecer padrões gráficos e vocais, e recusar-se a participar da reconstituição do crime) e desdobrar-se em outras formas de atuação da defesa (não admitir aumento de pena quando o réu nega falsamente a prática de crime, ou nega assinatura verdadeira, ou imputa falsamente a autoria a outrem, ou quando fornece falsamente padrão gráfico) (AMARAL, Thiago Bottino – Do Direito ao Silêncio à Garantia de Vedação de Auto-Incriminação, tese de doutorado apresentada à PUC-RJ, não publicada).

*absorvidos pelo sistema produtivo e que devem ser descartados pelo mercado. A construção do Estado mínimo e a privatização de empresas, em nome da rentabilidade do capital, lançam diariamente na marginalidade milhares de trabalhadores que não têm condições de se inserirem novamente no mercado de trabalho. Estes não têm para quem apelar, diante da fragilização das instâncias de mediação política<sup>82</sup>.*

Cientes e conscientes desta indesejável distorção, não se pode absolutizar a interpretação a ponto de erigir-se uma imunidade absoluta a uma esfera ampla de liberdade do cidadão. É preciso buscar um ponto de equilíbrio que o processo civilizatório impõe.

A busca de tal ponto exige, porém, que se reconheçam como inafastáveis três pressupostos que devem estar sempre presentes, no caso concreto, para legitimar uma tal restrição da liberdade: a idoneidade, a necessidade e a proporcionalidade da medida, contida, na segunda delas, a justificativa de a prova não poder ser realizada de outro modo menos gravoso. Além dos três pressupostos, exige-se o requisito da judicialidade, de modo que a medida fique deferida unicamente à reserva de jurisdição<sup>83</sup>.

Sabe-se da contundente crítica dirigida contra a técnica da ponderação de bens em sede processual penal: um bela retórica pode perfeitamente suprimir todos os direitos fundamentais. Há realmente esse risco e muitas vezes ele se concretiza nas instâncias de muitos tribunais brasileiros, aludindo-se, por vezes, à ponderação sem se dominar minimamente a técnica. Mas esse é o preço que se deve pagar por uma Constituição compromissória.

A conclusão pela possibilidade de intervenções corporais, dentro de certos parâmetros bem definidos, não representa uma novidade no âmbito do direito

---

<sup>82</sup> Saberes do Psíquico e Criminalidade, *in* Criminologia e Subjetividade, MENEGAT, Marildo e NERI, Regina (org), 2005, Ed. Lúmen Júris.

<sup>83</sup> A existência de determinados direitos fundamentais de superlativa importância tem levado a doutrina constitucional a admitir que alguns deles só podem ser limitados por decisão judicial. Não se trata da mera possibilidade de recorrer ao Judiciário quando de sua restrição por outra autoridade não-jurisdicional, mas do reconhecimento de que, diante de certos direitos fundamentais, o Judiciário tem sempre a primeira e a última palavra.

comparado<sup>84</sup>, o que demonstra a razoabilidade do que foi sustentado.

## VI. Conclusão

É chegada a hora de recapitular a trajetória feita até agora para que se possa clarificar e precisar a conclusão a que se chega. O tratamento jurídico que se dá ao corpo nos dias atuais tem muito a ver com a tradição filosófica que nos porta até o presente momento.

De início, foram os pré-socráticos que iniciaram a construção de uma dicotomia entre o corpo e a alma, acentuada pelos filósofos gregos posteriores. O Cristianismo se apropriou desta noção e sacralizou o homem, concebido à imagem e semelhança de Deus, mas isso não impediu que o corpo fosse punido pelas mazelas humanas para a salvação da alma. O liberalismo reconheceu a razão como o fator primordial que o distingue dos demais seres vivos e, em nome dela, ampliou o espaço de sua liberdade, contendo os abusos do Estado. Razão e emoção, em momento posterior, dominado pelo romantismo, construiu a noção de unidade humana: o corpo e alma reunidos. O marxismo refletiu sobre as distorções causadas pela atomização, pelo individualismo e pelo egoísmo na sociedade

---

<sup>84</sup> Nicolas Gonzales-Cuellar Serrano (*Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*, 1990, Editorial Colex, Madrid) informa que na Alemanha é possível a intervenção corporal, inclusive a extração compulsória de sangue para realização de exame de DNA, e que, na França, admite-se a intervenção, em princípio, mas não a coação direta, substituída por sanções pela recusa em submeter-se ao exame. Na Itália, a sentença nº 238, da Corte Constitucional, de 27/07/1996, declarou a inconstitucionalidade do artigo 224, § 2º, do Código de Processo Penal italiano, que permitia, de maneira genérica, as medidas que se fizessem necessárias para submeter o indiciado ou réu a um exame pericial. O fundamento da decisão é o artigo 13, da Constituição, que somente permite restrições à liberdade pessoal nos casos e modos previstos pela lei. Ou seja, pela Constituição, as hipóteses de restrição devem estar especificadas na lei, não sendo permitido que a lei restritiva seja genérica, como era o caso (SEGATEL, Elisa – *Il rifiuto dell'imputato di sottoporsi a prelievi biologici*, Rivista di Diritto Processuale, anno LXII - Seconda serie, nº 2, Marzo-aprile, 2007). Em Portugal, se admite a realização de exames na pessoa do argüido, mesmo contra a sua vontade, desde que com as cautelas de não ofender o pudor e a intimidade do sujeito, o que será avaliado pelo juiz, nos termos dos artigos 172, 154.2 e 156.5 e 6, do Código de Processo Penal, com as alterações da Lei nº 48/2007, de 29 de agosto (GONÇALVES, Manuel Lopes Maia - Código de Processo Penal, p. 385, 15ª edição, 2005, Almedina). Nos EUA, a Suprema Corte já decidiu que se a polícia prende alguém legalmente, está autorizada a proceder à busca pessoal sem mandado judicial, quando as circunstâncias exigirem a urgência da medida, inclusive para realizar as intervenções necessárias. Do mesmo modo, tem decidido que a gravação ambiental, a apreensão de manuscritos, a fotografia aérea, o registro bancário, o recolhimento de lixo para investigação e a coleta de impressões digitais não violam a 4ª Emenda por não se incluírem na noção de "searches" (intervenções). Já a exalação de ar, a coleta de urina, a extração de sangue, a cirurgia no corpo, o *finger scrapings* são consideradas "searches" e, portanto, somente se admite se forem razoáveis e autorizadas judicialmente, mediante afirmação de sua necessidade e precisão quanto aos limites da intervenção (ALDERMAN, Ellen e KENNEDY, Caroline. *The Right of Privacy*, 1995, Alfred A. Knopf, Nova York).

capitalista, e propôs a planificação econômica e a diminuição do espaço individual contra elas.

Nenhuma das tradições examinadas, contudo, logrou livrar o homem de suas escravidões. A filosofia clássica grega conviveu com a escravidão, que prosseguiu durante todo o Cristianismo, que, por seu turno, introduziu no mundo uma primeira empreitada globalizante: a conversão compulsória dos pagãos, ou sua destruição. Em nome da salvação da alma, promoveu-se a matança do corpo. O liberalismo preocupou-se com a unidade racional do homem, com a preservação de seu corpo, como entidade física, mas, também, com uma esfera de interioridade, digna de proteção. Para isso, foi preciso reduzir o espaço estatal, em nome das liberdades, que, ilimitadas, produziram múltiplas formas de opressão, chegando-se muito perto do aniquilamento do corpo e da alma, transformados em uma peça a mais na engrenagem capitalista. O marxismo, em ação, revelou-se mais opressor ainda, reduzindo drasticamente o espaço privado.

Na sociedade pós-moderna, assistem-se múltiplas formas de opressão e de marginalização: prossegue e acentua-se a marginalização econômica, reintroduz-se a opressão religiosa, crescem as discriminações étnicas. Rompem-se fronteiras e criam-se outras: esse é o modo de ser *humano*. Uma parte do ser humano quer a paz, mas outra quer a guerra, porque cada um quer o seu próprio tipo de paz<sup>85</sup>.

O processo civilizatório precisa investir no interior do ser humano, recriar o humano, a partir dele próprio, consciente de que, para além do Estado e da Constituição, sua referência é, antes de tudo, a condição humana, que o une a outros homens e ao grupo social, onde exerce direitos e deveres, todos limitados, controlados, porque esse é o preço de viver em sociedade.

Para viver em sociedade, é preciso abdicar dos absolutismos de um princípio do prazer irrealizável, do individualismo sem fronteiras que erige fronteiras, do sem sentido de um atomismo. O que cimenta a reunião de homens é a solidariedade, que estabelece valores comuns e impõe concessões recíprocas, e que devem ser estendidos a todos pela educação ampla e irrestrita. A educação tem esse efeito multiplicador quando assimilada nas coisas simples da vida, nas ações cotidianas do homem comum. Ceder e conceder são formas de educar e educar-se. A sociedade tem essa dimensão da ética.

---

<sup>85</sup> FREUD, Sigmund – Reflexões para os Tempos de Guerra e Morte, in Edição Standard Brasileira das Obras Completas de Sigmund Freud, volume XIV, Imago Editora.

O corpo não é uma ilha, alheada. Não se protege só o corpo pelo corpo, mas o corpo que contém outras dimensões que compõem a dignidade humana, de todos os seres humanos num só. Não se redime a alma castigando o corpo: corpo e alma são igualmente castigados. A proteção do corpo só tem pretensão de absolutismo quando em risco a dignidade do indivíduo e, conseqüentemente, do todo. O ser humano é um só e tem a dimensão da dignidade.

Enfim, as intervenções corporais não podem ser absolutamente proibidas. Também não podem ser absolutamente permitidas. O ponto de equilíbrio é o princípio da dignidade humana. Pode haver intervenção sem maior risco à dignidade.

É a dignidade que une o corpo e a alma. Em lugar da poesia de Manuel Bandeira

*“Se queres sentir a felicidade de amar, esquece tua alma...*

*As almas são incomunicáveis.*

*Deixa o teu corpo entender-se com outro corpo.*

*Porque os corpos se entendem, mas as almas não”<sup>86</sup>,*

*o desvelamento da essência do ser, “na transparência do invólucro perfeito”<sup>87</sup>.*

## **BIBLIOGRAFIA**

ALDERMAN, Ellen e KENNEDY, Caroline. *The Right of Privacy*, 1995, Alfred A. Knopf, Nova York.

AMARAL, Thiago Bottino – Do Direito ao Silêncio à Garantia de Vedação de Auto-Incriminação, tese de doutorado apresentada à PUC-RJ, não publicada.

---

<sup>86</sup> Arte de Amar, in Estrela da Vida Inteira – poesias reunidas, Livraria José Olympio Editora.

<sup>87</sup> Op. cit. nota 2.

ANASHKIN, G. e MINKOVSKI, G. – *Preceptos Fundamentales de la Legislación Penal Procesal Soviética*, in *Bases da La Legislación Penal, Organización Judicial y del Procedimiento Criminal de la URSS*, traducido por José Echenique, Editorial Progreso, Moscou.

ASUA, Luis Jimenez - *Derecho Penal Soviético*, Tipográfica Editora Argentina, B. Aires.

BARBOSA, Rui - *Atos Inconstitucionais*, 2003, Russel Editores.

BIRMAN, Joel - *Saberes do Psíquico e Criminalidade*, in MENEGAT, Marildo e NERI, Regina (org) - *Criminologia e Subjetividade*, 2005, Ed. Lúmen Júris, RJ.

CAMPOS, Benedicto – *Introdução à Filosofia Marxista*, 1988, Editora Alfa-ômega, SP.

DIAS, Jorge de Figueiredo – *Algumas reflexões sobre o Direito Penal na sociedade de risco*, in *Problemas Fundamentais de Direito Penal*, 2002, Universidade Lusíada Editora, Lisboa.

FREUD, Sigmund – *Reflexões para os Tempos de Guerra e Morte*, in Edição Standard Brasileira das Obras Completas de Sigmund Freud, volume XIV, Imago Editora, RJ.

\_\_\_\_\_ *Mal Estar na Civilização*, Edição Standard Brasileira das Obras Completas de Sigmund Freud, volume XXI, 2006, Imago Editora, RJ.

GONÇALVES, Manuel Lopes Maia - *Código de Processo Penal*, 15ª edição, 2005, Almedina, Coimbra.

HABERLE, Peter – *Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e Procedimental da Constituição*, 1997, Sérgio Antonio Fabris Editor, P. Alegre.

HAMLIN, D.W. – *Uma História da Filosofia Ocidental*, 1987, Jorge Zahar Editor.

HESSE, Konrad – *A Força Normativa da Constituição*, 1991, Sérgio Antonio Fabris Editor, P. Alegre.

ISRAEL, Jerold H. e LAFAVE, Wayne R. – *Criminal Procedure – Constitutional Limitations*, 2001, West Group, Minnesota.

KANT – *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, in *Os Pensadores*, 1974, Editor Victor Civita, SP.

KEHL, Maria Rita – *Sobre Ética e Psicanálise*, 2ª reimpressão, 2005, Companhia das

Letras, SP.

MARÍAS, Julián – História da Filosofia, 2004, Ed. Martins Fontes, SP.

PASUKANIS, E. B. – A Teoria Geral do Direito e o Marxismo, 1989, Ed. Renovar, RJ.

PELÁEZ, Francisco Contreras – *El Tribunal de la Razón – El Pensamiento Jurídico de Kant*, Editorial MAD, 2005, Sevilla.

PESSANHA, José Américo Motta – *in* Santo Agostinho, introdução, 1984, Os Pensadores, Victor Civita, SP.

PLATÃO - Fedro, 2004, Ed. Martin Claret.

\_\_\_\_\_ Fédon, Os Pensadores, 1972, Victor Civita, SP.

SALDANHA, Nelson - O Jardim e a Praça, 1986, Sérgio Antonio Fabris Editor, P. Alegre.

SANTO AGOSTINHO, Confissões, Os Pensadores, 1984, Victor Civita, SP.

\_\_\_\_\_ *Los solilóquios, Biblioteca de Autores Cristianos (BAC), Editorial Católica, MCML, Madri.*

SEELMAN, Kurt – Pessoa e dignidade da pessoa humana na filosofia de Hegel, *in* SARLET, Ingo – Dimensões da Dignidade, 2005, Livraria do Advogado, Porto Alegre.

SEGATEL, Elisa – *Il rifiuto dell'imputato di sottoporsi a prelievi biologici*, Rivista di Diritto Processuale, anno LXII - Seconda serie, nº 2, Marzo-aprile, 2007.

SERRANO, Nicolas Gonzales-Cuellar - Proporcionalid y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal, 1990, Editorial Colex, Madri.

TANNERY, Paul – Fedro, introdução, 2004, Ed. Martin Claret.

WEIL, Simone - Opressão e Liberdade, 2001, EDUSC.

# O PROCEDIMENTO ARBITRAL E OS DIREITOS DAS PARTES A PARTIR DA EQÜIDADE. A CRIAÇÃO DE PRECEDENTES PROCEDIMENTAIS.

*Luiz Fabião Guasque*

1. Introdução; 2. Os standarts do juízo arbitral; 3. As fontes do Direito e o procedimento arbitral; 3.a. Costume; 3.b. A cláusula compromissória ou convenção arbitral; 4. A integração da lei no procedimento arbitral; 5. Os efeitos dos atos das partes no juízo arbitral; 6. O valor dos precedentes.

## **1. Introdução.**

Antes que o Estado avocasse a missão de fazer justiça, outras foram as maneiras de solucionar os litígios.

Se duas pessoas pretendiam o mesmo bem (material ou imaterial) , surgia entre elas um conflito de interesses. O modo primitivo de resolver os contrastes deve ter sido o emprego da força, solução puramente física que não enseja a paz e que , portanto, torna impossível a coexistência harmônica, a vida em consonância, a segurança, a tranqüilidade e a ordem. Por isso, o homem , muito cedo, recorreu a uma forma de solução transacional, econômica, utilitária, pelo menos para aqueles casos em que a generosidade superlativa de qualquer das partes em conflito não levasse a uma solução caritativa, consistente na renúncia, na disposição do próprio interesse. Qualquer desses três tipos de desenlace, físico, econômico ou moral, nem sempre assegura a justiça. Daí a necessidade de confiar a um terceiro, alguém de fora do conflito, a tarefa de dirimi-lo. Surgiu assim o arbitramento, e com ele a figura do árbitro (arbiter).

Por vezes, ao se formar a relação jurídica, antes, pois , de qualquer litígio , as partes incumbiam , também , a outrem , da função de completá-lo, como por exemplo, no contrato de compra e venda em que a fixação do preço era deixada ao arbítrio alheio. A figura que então aparecia era a do arbitrador (arbitrator).

O arbitramento, que já figurava nas Ordenações Filipinas, no Livro III, títi. XVI (Dos Juízes e árbitros) e Tít. XVII (Dos arbitradores), aparecia, também no Código Civil de 1916, art. 1.037 e segs. e no Código de Processo Civil, arts. 1.072 e segs. (arbiter) e no mesmo Código Civil, art. 1.123 e ainda no Código de Processo Civil, em matéria de liquidação de sentença (art. 606) (arbitrador).

A lei 9.307 de 23 de dezembro de 1996, trouxe nova regulação para a atividade arbitral, estabelecendo normas gerais a serem seguidas nesta espécie de composição de conflitos, mas deixando ao prudente arbítrio dos árbitros, todas as questões procedimentais da relação jurídica arbitral, decorrentes de atos, fatos e negócios jurídicos, que venham a ocorrer no seu curso.

Os tribunais arbitrais, nas hipóteses específicas dos interesses conflituosos das partes no procedimento, não julgam *secundum legem*, mas *secundum aequitatem*, posto que, no caso, a lei não existe, e também, não se pode recorrer aos preceitos do Código de Processo Civil, para integrar por analogia seus comandos, pois as relações têm natureza diversa, sendo a primeira de direito privado (coordenação) e a segunda de direito público (subordinação), o que inviabiliza a aplicabilidade do princípio: *ubi eadem ratio ibi eadem ius* (onde há a mesma razão de decidir, deve ser aplicado o mesmo preceito).

O árbitro tem que decidir, não de acordo com a lei, mas em consonância com as aspirações e ideais jurídicos, em outras palavras: *secundum ius fieri*, devendo haurir o direito nas mesmas fontes materiais em que o encontra o legislador.

Desta forma, tem o árbitro, freqüentemente, na relação jurídica estabelecida pelas partes, concessão de poder discricionário, o que lhe aproxima da função administrativa.

## **2.Os standarts do juízo arbitral.**

Afora isso, o árbitro leva em conta certos padrões flexíveis, baseados mais propriamente no razoável do que no estritamente justo. Em lugar de tipos definidos, de fórmulas rígidas, como os contidos na lei, os standarts apresentam moldes elásticos, dentro dos quais os fatos podem caber sem se deformar e sem mutilações. Assim, o árbitro

avalia os comportamentos tendo em consideração os padrões de lealdade, consciência ética, prudência, zelo e assim por diante.

Há mais de um século, iniciou-se na Alemanha, um “movimento” (Bewegung) em favor da maior liberdade do juiz na aplicação do Direito e na criação dele<sup>1</sup>. Em maior ou menor escala essa atividade criativa dos juízes, essa jurisprudência construtiva sempre existiu. Com o Pretor, ela ajudou a erguer o monumento do Direito Romano. O Lord Chancellor, na Inglaterra, com ela completou o Common Law. E até nos países em que o juiz está mais agrilhado à lei, ela consegue impor-se, travestida de interpretação do texto legal.

Ainda aqui, o drama da conciliação entre a segurança e a justiça: a primeira coloca o juiz na camisa de força das normas legais; a outra exige que se lhe afrouxem os laços para que ele possa fazer obra mais perfeita, como de regra, ocorre no procedimento arbitral.

### **3.As fontes do Direito e o procedimento arbitral.**

A primeira tarefa de quem fala em fonte do Direito é a de assentar bem em que sentido essa expressão deve ser usada. Com razão afirma Legaz y Lacambra<sup>2</sup>, que o problema das fontes do Direito é complexo exatamente porque essa expressão equívoca compreende sentidos diversos, cada um dos quais suscita uma questão diferente. Em seguida mostra nada menos de sete significados respectivamente correspondentes a outros tantos distintos problemas.

Convém no entanto, advertir, que vários deles não são jurídicos. Assim, não é jurídico, mas histórico, o problema do conhecimento das fontes históricas do Direito, v.g., documentos, testemunhos de contemporâneos, monumentos, inscrições etc. Não é jurídico, mas sociológico, o problema dos fatores sociais geradores ou inspiradores das normas jurídicas. Não é jurídico, mas filosófico, o problema do fundamento ético, psicológico, econômico, etc, das normas de Direito.

---

<sup>1</sup> Hélio Tornaghi, Comentários ao Código de Processo Civil, Vol. 1º, nota 98, págs. 388 e segs. “Movimento do Direito Livre” (Freirechts Bewegung).

<sup>2</sup> Introducción a la Ciencia del Derecho, pag. 344.

São, ao contrário, jurídicos os problemas relativos ao órgão criador do Direito (fonte de produção) e ao processo de manifestação do Direito (fonte de cognição): legislação, costume, etc. Para o árbitro, o problema das fontes pode ser colocado nos seguintes termos: onde encontrar a solução de um caso proposto em relação ao procedimento e seus efeitos para às partes, que o desafia na relação jurídica arbitral? No Código Civil? Na Lei de Falências? No Código Comercial, etc? Então são estas as fontes em que ele deve se abeberar para sorver o Direito e resolver os conflitos e os efeitos dos atos, fatos e negócios jurídicos na relação arbitral?

Tomada a palavra fonte em sentido corrente, a do Direito, em que se vai socorrer o árbitro, não seria propriamente a lei, esta seria a que emana da fonte<sup>3</sup>. Mas não há erro, senão apenas verdadeira metonímia, no uso da palavra lei como fonte do Direito<sup>4</sup>.

### **3 a. Costume.**

Por ordem de aparição histórica, a primeira fonte do Direito é o costume, que consiste no conjunto de normas de comportamento a que as pessoas obedecem de maneira constante e uniforme pela convicção de sua obrigatoriedade e utilidade.

O costume compõe-se de um elemento objetivo: a reiteração, a constância, a uniformidade, a generalidade da prática de determinados atos, e de um elemento subjetivo: a opinio iuris, o convencimento geral da necessidade jurídica, da obrigatoriedade de observância daquela prática.

Daí que nem todo uso, mesmo constante, uniforme e reiterado é costume, não se podendo afirmar que uma prática se torna obrigatória só pela repetição. Os fatos, por si mesmos, são fatos, e ainda quando acumulados exprimem o que é e não o que deve ser. Não tem força normativa, porque a norma pressupõe uma valoração, isto é, uma operação da inteligência que julga os fatos e uma adesão da vontade aos que são reputados bons para a convivência social, e no caso da arbitragem, os que permitem a valoração do que é necessário para alcançar uma solução justa para os interesses econômicos e sociais pretendidos pelas partes em conflito.

---

<sup>3</sup> Goldschmidt, Problemas Generales de Derecho, págs. 66 e segs; Legaz, Introducción, pág. 346.

<sup>4</sup> A afirmação é de Tornaghi, Instituições de Processo Penal, Vol, 1º, pag. 101.

No direito interno, o valor do costume é secundário, embora no Brasil, a partir da introdução na Constituição da República de 1988 do mandado de injunção (art. 5º, inciso LXXI), autêntico remédio das jurisdições de equidade, seu valor entre nós foi redimensionado, o que nos permite afirmar a existência de um sistema misto de jurisdição, o que é confirmado pelo advento da súmula vinculante, atividade criadora do Direito pelo Supremo Tribunal Federal.

No direito internacional, entretanto, continua a ser fonte importantíssima como o grande manancial de regras jurídicas, ainda mais poderosa que os tratados, porque onde há costume, há persuasão de que convém respeitar.

No juízo arbitral, o árbitro, ao dar forma explícita à norma costumeira flutuante na consciência de todos, a enriquece e adorna, com elementos que estão na sua mente, e são aferidos dentro da realidade dos interesses das partes. Com isso, ele também cria o Direito positivo, e com esta obra pretoriana, ele contribui para opulentar e perfazer o Direito, para lhe dar organicidade e vida, e, principalmente, alcançar a solução justa.

A jurisprudência, e no nosso caso específico, as decisões dos árbitros, em princípio não são fontes do Direito, mas como a arbitragem se estabelece pela existência de um negócio jurídico de direito privado, através da denominada “cláusula compromissória”, onde a lei de regência não estabelece os efeitos para os atos (lato sensu) no procedimento arbitral dos contraentes, o preenchimento das suas lacunas sem dúvida é atividade criadora da norma jurídica.

### **3.b . A Cláusula compromissória ou convenção arbitral.**

A cláusula compromissória ou convenção arbitral, tem conteúdo civil ou comercial, e exprime o concerto pelo qual duas ou mais partes, criam vínculos jurídicos entre si e estabelecem normas sobre como se resolverão os conflitos decorrentes de relação jurídica anterior. Funciona como fato constitutivo de obrigação ou fonte de normas gerais e abstratas; ora são contratos, ora atuam como leis entre as partes.

Como negócio privado, exige: capacidade dos contraentes, consenso, causa verdadeira e lícita, objeto possível e também lícito.

Quanto a forma, deve se dizer , que são escritos e solenes, nada impedindo , entretanto, que quando escritos, resultem de correspondência ou troca de notas por quaisquer meios eletrônicos, como por exemplo: e-mail.

#### **4. A integração da lei no procedimento arbitral.**

O procedimento arbitral é uma imensa lacuna, no que concerne aos efeitos dos atos, fatos e negócios jurídicos que ocorrem no seu curso, pois a lei de regência lhe dedica apenas quinze artigos (art. 19 a 33) , o que nos leva afirmar, que tais lacunas foram desejadas pelo legislador, que deixa seu preenchimento ao consenso das partes ou ao prudente arbítrio do árbitro.

Em sentido histórico, o problema das lacunas da lei não é novo. Já Aristóteles dele tratou de passagem na *Ética a Nicômaco* (V,13, II, 38 a I ) e, mais cumpridamente, na *Arte Retórica* (I, 13, I, 374 a 28 – I 374b22). Distinguiu as lacunas desejadas pelo legislador das involuntárias.

As primeiras, isto é, as voluntárias, têm lugar quando “não podendo tratar precisamente de todas as coisas, o legislador se vê forçado a estabelecer regras gerais , aplicáveis à maioria dos casos, mas não a todos”. As outras, as involuntárias, “quando o legislador deixa de prever um fato”. Como instrumento para preencher as lacunas da lei, Aristóteles sugere a equidade, a respeito da qual discorre com grande beleza na *Ética a Nicômaco*, em páginas nas quais atinge o sublime.

Entre os romanos tornou-se famoso o ensino de Juliano (10 D.1,3): “Nem as leis nem as Constituições do Senado podem ser escritas por forma compreensiva de todos os casos que, eventualmente , possam ocorrer...”Fadda e Bensa, em nota (t) ao § 23 do Tratado de Windscheid, lembram ainda outras passagens desse título (*De legibus, Senatusque Consultis, et longa consuetudine*) que traduzem o mesmo pensamento<sup>5</sup>. A solução apontada por Juliano era a do recurso à analogia: *ad similia procedere atque ita jus dicere debet*. Mas como assinalam os dois notáveis anotadores das *pandectas windscheidianas*, o jurista romano “facilmente encontrava, na mina inesgotável do *jus gentium* e do *aequum et bonum*, os materiais com que preenchia as freqüentes lacunas da

---

<sup>5</sup> Tornaghi, *Instituições*, Vol.1º ,pag. 142.

lei escrita”. E, às observações de Fadda e Bensa, pode acrescentar-se que o magistrado romano era dado também recorrer à *naturalis ratio* e que ele tinha o poder de dizer qual a norma aplicável ao caso concreto, até quando a lei não fosse lacunosa, quando mais quando o fosse. As Institutas de Justiniano mandam preencher as lacunas com o recurso ao *bonnum et aequum* (25 I.3,24).

Na Idade Média usou-se largamente do recurso ao Direito natural, e o Direito comum retomou o caminho apontado por Aristóteles, recorrendo à equidade como fonte supletiva: *ubi jus déficit, aequitas supplet*. Na Alemanha medieval os escabinos de um lugar consultavam os de outro. Na Espanha, o Preâmbulo da Compilação aragonesa de 1247, mandava que o juiz suprisse as lacunas da lei usando o bom senso e a equidade: *Ubi dicti fori non sufficerint, ad naturalem sensum vel equitatem recurratur*.

Na Catalunha, o aplicador da lei valia-se dos costumes; em Castela acudia o Rei. E assim, por diante, várias eram as maneiras de preencher as lacunas da lei.

Nos tempos modernos, algumas legislações indicam o remédio para a lei lacunosa. O Código Civil austríaco manda, no § 7º: “Quando não se puder decidir um caso segundo a letra da lei, nem conforme o seu sentido natural, devem levar-se em conta casos semelhantes disciplinados precisamente pela lei e os motivos de leis análogas. Se ainda assim, houver dúvida, há que decidir segundo os princípios do Direito Natural, tendo em consideração as circunstâncias apuradas com toda diligência e maduramente ponderadas”. Na Itália, já antes da unificação, vários Códigos (Sardenha, Este, Estado Pontifício) continham normas a respeito. Na Suíça, o cantão de Ticino ordenava que se recorresse à analogia e, quando impossível, ao Direito comum.

Algumas leis faziam apelo ao Direito Romano; mas como tal devia entender-se o Direito comum, isto é, o Romano com as alterações trazidas pelo Canônico e pelos costumes.

Portanto, a lacuna da lei é a janela pela qual o juiz, e no nosso caso o árbitro, entra na seara do legislador e o Direito natural penetra no Direito positivo.

## 5. Os efeitos dos atos das partes no juízo arbitral.

A instância arbitral se estabelece a partir do negócio jurídico denominado: “cláusula compromissória”, que é a convenção através da qual as partes de um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato” (art. 4º da Lei 9.307/96).

A primeira consequência, é o surgimento para os contraentes, da possibilidade de exigir do outro um facere ou omitere, em relação ao estipulado na cláusula, o que traduz a existência de direito subjetivo, pois através desse instrumento, se liga pelo menos duas pessoas, ou seja, a que pode exigir (titular do direito, ayant droit, avente diritto, Rechsträger, derecho habiente) e a que deve fazer (obrigado, lato sensu). Do direito subjetivo decorre a pretensão (ou exigência) (pretesa, Anspruch), que no caso, é a possibilidade de exigir do outro a submissão ao juízo arbitral.

Quem tem direito pode exigir, pode pretender alguma coisa (um facere , lato sensu) de outrem; deste se diz que tem dever, isto é, que deve fazer (omitir e tolerar são formas de fazer, em sentido amplo).

O exercício desse direito subjetivo, confere ao árbitro, verdadeiro poder jurídico de sujeição dos contraentes ao juízo arbitral, que será exercido nos limites da lei e da cláusula compromissória, submetendo-os à sua vontade. A este poder jurídico não corresponde dever jurídico para as partes, mas somente a sujeição ao painel arbitral. O titular desse poder (arbitrator), não tem direito de exigir que os sujeitos da relação arbitral façam alguma coisa, pode é fazer isso a custa da provocação da jurisdição estatal, que determinará que o sujeito da relação arbitral não tenha como se livrar desta situação<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> Art. 22 – Poderá o árbitro ou o tribunal arbitral tomar o depoimento das partes, ou vir testemunhas e determinar a realização de perícias ou outras provas que julgar necessárias, mediante requerimento das partes ou de ofício.

§1º - O depoimento das partes e das testemunhas será tomado em local , dia e hora previamente comunicados, por escrito , e reduzido a termo, assinado pelo depoente, ou a seu rogo, e pelos árbitros.

§2º - Em caso de desatendimento, sem justa causa, da convocação para prestar depoimento pessoal, o árbitro ou o tribunal arbitral levará em consideração o comportamento da parte faltosa, ao proferir sua sentença; se a ausência for de testemunha, nas mesmas circunstâncias, poderá o árbitro ou o presidente do tribunal arbitral requerer à autoridade judiciária que conduza a testemunha renitente, comprovando a existência de convenção de arbitragem.

§3º - A revelia da parte não impedirá que seja proferida a sentença arbitral.

§4º - Ressalvado o disposto no § 2º , havendo necessidade de medidas coercitivas ou cautelares, os árbitros poderão solicitá-las ao órgão do Poder Judiciário que seria, originariamente, competente para julgar a causa.

Portanto, o juízo arbitral estabelece sujeição das partes ao painel, determinando esta obrigatoriedade e criando verdadeira situação jurídica.

Mas, como resolver questões procedimentais ou efeitos decorrentes desses atos das partes no procedimento, se a lei propositadamente, não regula a prática dos atos e seus efeitos?

A solução, como não poderia deixar de ser, será recorrer-se à equidade, que por tratar-se de direitos patrimoniais disponíveis (art.1º), não submete o árbitro a qualquer limitação em relação aos efeitos dos atos das partes no procedimento.

Entretanto, existem princípios, que decorrem da situação de que os contraentes em conflito, elegeram esta via por interesses comerciais e econômicos, decorrentes da relação jurídica originária.

Nesse sentido, importante decisão proferida no procedimento arbitral 03/2006 da Câmara FGV de Arbitragem, Companhia Vale do Rio Doce (CVRD) e Companhia de Seguros Aliança do Brasil-Aliança), em relação aos efeitos da revelia face a não observância do prazo para a entrega da resposta, mas com manifestação de vontade nesse sentido, demonstra o recurso às fontes como meio de resolver as questões procedimentais por equidade.

No julgamento, os Drs. Pedro Batista Martins e Lauro Gama<sup>7</sup>, entenderam que “se deve afastar o excessivo rigor na contagem do prazo para o oferecimento das razões iniciais, sobretudo diante da incerteza com relação à data da efetiva intimação da parte para fazê-lo”, concluindo que: “desnecessário seria submeter-se a petição a outra parte”, “ainda mais quando a questão envolve dúvidas sobre o início da contagem do prazo”.

Verifica-se que a ausência de preceito, coloca os árbitros no campo do julgamento dos efeitos dos atos da parte a partir da equidade, podendo recorrer apenas ao constante do Termo Arbitral, item 4.3 que: “estabelece que os prazos começam a fluir após o recebimento efetivo da respectiva intimação”, tendo esta se dado quando do recebimento do e-mail.

---

§5º - Se, durante o procedimento arbitral, um árbitro vier a ser substituído fica a critério do substituto repetir as provas já produzidas.

<sup>7</sup> O painel arbitral era composto pelos árbitros: Drs. Paulo Sérgio de Araújo e Silva Fabião (Presidente); Pedro Batista Martins e Lauro Gama.

De início, na primeira premissa da decisão em sua parte dispositiva, o árbitro presidente conclui que: “não se pode aplicar ao procedimento arbitral, e às partes, o rigor do previsto no Código de Processo Civil”, e no sentido de colocar a questão de fato em relação aos termos *ad quo* e *ad quem* de resposta, o recurso ao art. 57 do Regulamento levou-o a afirmar que “a notificação (intimação), mediante e-mail, não pode prevalecer a da carta, isto é, a luz dos termos constantes da redação do item 4.4 do Termo de Compromisso Arbitral”.

Após percuciente análise quanto à origem e o significado do que vem a ser *revelia* para o Código de Processo Civil, o Presidente Dr. Paulo Sérgio Fabião recorreu às fontes históricas da palavra esclarecendo que: “a raiz da palavra *bellum* significa guerra, como anota Eliézer Rosa: “por castelhanismo, *revel* é rebelde e *revelia* é rebeldia”, esclarecendo que “no processo, por variações semânticas mal explicadas, o *revel* não é aquele que quer guerra, e sim aquele que não a quer, pois *revelia*, no mundo do direito, não significa desobediência e sim inércia, silencia, ausência de espírito de guerra ou de luta”.

Buscou ele a fonte do Direito Romano, para afirmar que: “na mesma linha do Direito Romano, as Ordenações eliminaram as penas contra o *revel*, recusando a *ficta confessio*, derivada do simples fato da *revelia*, cuja única conseqüência estava em se negar ao *revel* o direito de apelar da sentença”.

Também recorreu ao Regulamento 737 bem como a Consolidação Ribas e de forma ampla aos Códigos estaduais, para constatar que essas regulações “não introduziram grandes modificações ao modelo criado pelas Ordenações, que limitaram-se a abolir a restrição imposta ao *revel*, no que respeita ao direito de apelar”.

A pesquisa comparativa da legislação anterior, o auxiliou no estudo da evolução do direito, posto que o Código de Processo Civil de 1939, em consonância com os artigos 34 e 209, considerava o *revel réu confesso*, liberando o autor do ônus da prova dos fatos constitutivos do seu pedido.

As fontes do direito estrangeiro lhe informaram que os Códigos de 39 e 73, se afastaram da tradição italiana, para aderirem a corrente alemã, que trata com rigor o *revel*, pois a legislação desta última de 1977, considerava que a ausência do autor e do réu à audiência de debate oral obrigatório, caracteriza a contumácia.

O recurso às fontes de doutrina brasileira, lhe revelou que as duas expressões: revelia e contumácia significam a mesma realidade jurídica: desatendimento ao ônus de comparecer e que revelia seria a contumácia do réu.

Verificou na decisão, que no direito atual, o Código de Processo Civil de 1973, não deu conceito jurídico à revelia, tratando apenas dos seus efeitos no artigo 319, que determina: “se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor”. E recorrendo mais uma vez a fonte doutrinal, constatou que Carlos Alberto Carmona comunga do mesmo entendimento ao afirmar que: “o legislador utilizou o conceito de revelia para identificar situação diferente daquela vislumbrada no processo judicial: trata-se aqui de identificar a hipótese de um dos contendentes simplesmente não praticar ato algum durante o juízo arbitral. Isto pode ocorrer com arbitragens instituídas por compromisso ou por cláusula compromissória” (Arbitragem e Processo, 2ª Ed. Atlas, São Paulo, 2004, pp.271/272).

Como premissa fática, a constatação de que na hipótese “há pedidos contrapostos, mas não se pode falar em autor e réu, pelo simples fato de ambas as partes terem requerido, **simultaneamente**, a instalação do tribunal arbitral, não se podendo, pois, falar em revelia, que é ausência de contestação”, situação que o levou a afirmar que “não ocorreu inércia processual (contumácia) da CVRD, pois esta manifestou a vontade no sentido de que a questão fosse submetida aos árbitros e, para tanto, compareceu apresentando suas razões iniciais, daí, de todo impossível o deferimento do que pretende a Requerente: decretação da revelia, pela inobservância do prazo de 30 dias para apresentação das razões e o conseqüente desentranhamento da peça”.

Essas premissas levaram o árbitro Presidente Dr. Paulo Sérgio Fabião<sup>8</sup> a afastar seus efeitos no procedimento arbitral, com as assertivas de que:

1º - revel é uma atitude de rebeldia ao procedimento, não sendo questão só de prazo, mas de atitude;

---

<sup>8</sup> 2.Com tais fundamentos, decide-se:

- a) ser desnecessário submeter a petição da Requerente à parte contrária;
- b) desacolher a pretensão da Requerente que pretendia a decretação da revelia da CVRD, com o conseqüente desentranhamento da peça de suas razões iniciais;
- c) dar ciência as partes, mediante carta registrada ou Sedex 10, com protocolo assinado por pessoa devidamente identificada, a ser expedida pela Secretaria da Câmara Arbitral.

Rio de Janeiro, 21 de novembro de 2006.

Paulo Sérgio de Araújo e Silva Fabião (Árbitro Presidente).

2º - critérios simplesmente formais não são aplicáveis ao procedimento, devendo ser utilizados os que mais favorecem ao suposto revel;

3º - a forma não submete a intenção, que deve ser avaliada de acordo com a finalidade do procedimento;

4º - a simples anuência ao compromisso arbitral, determina a intenção de participar e de submeter os conflitos a um árbitro.

Portanto, afora a garantia do *due process of law*, prevista na Constituição da República como direito fundamental ao contraditório e a ampla defesa (art. 5º, incisos LIV, LV) o árbitro<sup>9</sup> construirá os efeitos dos atos das partes no procedimento a partir da equidade, e nesse sentido, uma maneira célere e segura de garantir este equilíbrio, é criar sistema de precedentes procedimentais, de forma a que nessas questões, o árbitro siga *standarts* que serão utilizados para adequar a situação de fato aos julgamentos anteriores registrados na Câmara de Arbitragem.

## **6. O Valor dos precedentes.**

O Direito anglo-americano vincula o juiz ao precedente, ainda que injusto, por entender que a certeza do Direito e, com ela a segurança, é um bem ainda maior que a justiça. Nesse sentido, o juízo arbitral não precisa chegar a tanto, mas pode se valer de situações semelhantes já enfrentadas anteriormente para fundamentar suas decisões.

Desta forma, o valor do precedente em questões procedimentais, é que, passo a passo, se vai aprimorando os costumes e lapidando o Direito, cada vez mais firmado na segurança e impregnado de justiça. Cabe ao árbitro a missão de obter o máximo de justiça com, pelo menos, o mínimo indispensável de segurança.

Situação semelhante ocorreu no Direito Inglês.

---

<sup>9</sup> A decisão se materializou na ordem processual n. 3: Defiro o que se requer na petição da Companhia Vale do Rio Doce (CVRD) datada de 28 de dezembro p.p., subscrita pelos ilustres advogados, Drs. Ricardo Ramalho Almeida e Tatiana Magalhães Florense para, com base no princípio do contraditório, assinar o prazo de 30 (trinta) dias, a contar da intimação desta decisão, para manifestarem-se a respeito das peças apresentadas pela Companhia de Seguros Aliança Brasil (Aliança), e subscritas pelo ilustre advogado Dr. Luis Felipe Pellon. Rio de Janeiro, 3 de janeiro de 2007. Paulo Sérgio de Araújo e Silva Fabião (Presidente).

Como os tribunais do Common Law se tornaram presos aos remédios já existentes, esquecendo o que aconteceu no passado, quando o juiz podia impor ao réu o cumprimento específico da obrigação (specific performance), fosse ela de fazer ou de abster-se, passando a resolver tudo em perdas e danos, as próprias courts of law, isto é , tribunais que julgavam segundo o Common Law, passaram a recorrer aos remédios de eqüidade, tanto da eqüidade individual (epiquéia) , temperando o rigor da lei (duress) , quanto da eqüidade social, com que lhe preenchiavam as lacunas, evitando a denegação da justiça (unfairness).

Como sempre acontece, a eqüidade entrou no Direito pela mão esquerda dos juízes preocupados em fazer justiça.

Essa jurisdição de eqüidade foi mais larga e freqüente entre os juízes de circuito (Eyre) que estavam mais à vontade e mais longe dos juízes sedentários, de Londres (Justices in Bank). Isso explica , que o procedimento nos condados distantes da capital, apresentassem características que depois iriam encontrar-se no procedimento in equity.

Nos meados do século XIV, os juízes de circuito (justices in Eyre) começaram a ser substituídos por juízes de paz (Justices in peace). Ao mesmo tempo, começaram a surgir os ritos procedimentais (forms of action); desapareceu a execução específica da obrigação (specific performance), complicou-se a formalística do processo e de tudo isso resultou a dificuldade para os tribunais, de fazer justiça.

Aconteceu, então, que aqueles que se julgavam ultrajados pela denegação de justiça por parte dos tribunais de Common Law invocavam a consciência do Rei para que reparasse o dano sofrido (outrage). E como o “guardião da consciência do Rei” era o Chanceler, a esse era delegado o conhecimento daqueles apelos. Também nos casos em que não houvesse no Common Law remédio adequado (adequate remedy at law), o Chanceler assumia o poder de julgar o recurso ex informata conscientia. Como foi dito acima, aparecia desse modo uma corte de equity, que formulava a regra e a aplicava ao caso concreto (eqüidade social).

Na prática, os pedidos de justiça passaram a ser dirigidos ao próprio Chanceler.

A partir de 1474, esse alto magistrado emanou, em forma de decreto (decree), verdadeiras sentenças baseadas na equity. E passaram a existir, lado a lado, uma jurisdição que aplicava o Common Law e uma quase-jurisdição que julgava por eqüidade:

a Chancery Court. A primeira era exercida quando houvesse norma legal sobre o caso; a segunda, quando ela não existisse.

A Chancery Court julgava discricionariamente, como se estivesse praticando ato administrativo. Por isso é que a sua decisão se chamava decree.

Também em consequência de sua natureza, o procedimento nas cortes de equity (suit in equity) era quase informal. Em simples petição (bill in equity), o reclamante pedia as providências necessárias para a proteção de seu interesse. O tribunal ouvia as partes, aceitava as provas por elas feitas e decidia. Exercia ainda funções consultiva, conselheiral e tutelar; esta última por meio de providências acautelatórias. O decree era concedido rebus sic stantibus: o tribunal podia modificá-lo se houvesse mudança na situação. O vencido, se não fazia o que lhe impunha o decree, era processado por desobediência ao tribunal (contempt of court).

Estas experiências do passado na busca da verdadeira justiça, auxiliam ao árbitro no momento em que se depara com fatos no procedimento, que afetam o direito da parte, e devem ser analisados e dirimidos com o recurso à equidade.

Ao julgar esses incidentes no procedimento arbitral, o árbitro atua discricionariamente. Não arbitrária, mas prudencial e razoavelmente, e forma precedentes que dão segurança e auxiliam a solução dos conflitos no procedimento de maneira célere.

# UN PASO MÁS HACIA LA DESJUDICIALIZACIÓN. LA DIRECTIVA EUROPEA 2008/52/CE SOBRE MEDIACIÓN EN ASUNTOS CIVILES Y MERCANTILES

**Nuria Belloso Martín**

*Profesora Titular de Filosofía del Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Burgos (España). Es Coordinadora del Programa de Doctorado del Departamento de Derecho Público “Sociedad plural y nuevos retos del Derecho”. Es Directora del Curso de Especialista Universitario en Mediación Familiar. Colabora en Cursos de Mestrado y Doctorado en diversas Universidades brasileñas. Participa en varios Programas de Investigación – CNPQ-. Ha dirigido varios proyectos del PCI.*

“Una vez que se abre la tapa de los conflictos y complicaciones, éstos suelen multiplicarse”

*(Postulado de McCormack sobre Pandora)*

## **1. Razones para no entablar un pleito**

Puede resultar paradójico que, una profesora de la Facultad de Derecho –como es mi caso-, cuyo trabajo consiste en formar a los futuros operadores jurídicos, comience precisamente con las razones para desanimar a los potenciales clientes, a entablar un pleito. Sin embargo, no es contradictorio en la medida en que –como tendremos ocasión de ver a lo largo de este trabajo- consideramos que no todos los conflictos deben resolverse utilizando idénticas fórmulas y recurriendo a los tribunales.

Todos sabemos que la venganza puede ser una grata compensación. Además, el desquitarse mediante un litigio se ha incorporado de tal forma a los hábitos de la ciudadanía, que el que interpongamos pleitos unos contra otros, se hace de manera casi

refleja. Con frecuencia nos demandamos mutuamente y con tanta seguridad de que eso es lo que procede, que cabría aplicar a la sociedad actual el calificativo de “sociedad litigante”.

Como acertadamente apunta M. H. McCormack<sup>1</sup>- reflexiones que, aunque se refieran a la sociedad norteamericana, cabe extender a nuestras sociedades occidentales-, la sociedad litigante se fundamenta en unas cuantas presunciones que damos por buenas hasta el extremo de que ni se nos ocurre ponerlas en tela de juicio:

1. Suponemos que cuando alguien sufre daño o pérdida, siempre hay un tercero responsable. Esta presunción conlleva dos premisas: a) Pretende descartar la noción de “mala suerte” a secas; b) Insinúa que, si diez mil personas pasan junto a un boquete en la acera sin que ocurra nada y usted se cae dentro, no se debe a su propia torpeza, sino que es culpa de otro.

2. Partimos del supuesto de que toda desgracia tiene remedio, y que el remedio es fruto de la prescripción humana: Cuando Dios arrasó la cosecha de Job, éste no pidió daños y perjuicios. Cuando los bárbaros saquearon Roma, los romanos no dieron por hecho que sus pérdidas se trocarían en ganancias.

3. Damos por sentado que pleitear es la fórmula idónea para enderezar los entuertos: Al igual que dos hermanos que se pelean, miramos a los tribunales como a un padre que es todo sabiduría y, con más frecuencia de la deseable, olvidamos que el tribunal está sujeto a los mismos prejuicios, fallos de criterio y puntos débiles que nosotros.

Estas son nuestras presunciones con respecto a las bondades de la Administración de Justicia. Tal confianza ponemos en ella que pasamos por alto los aspectos negativos que comporta un proceso:

1. Sale demasiado caro
2. Requiere demasiado tiempo

---

<sup>1</sup> McCORMACK, Mark. H., *Toda la verdad sobre los abogados. Cómo actúan y cómo tratar con ellos*. 2º ed., Trad. de R.A.A., Barcelona, Grijalbo, 1988.

3. Beneficia mucho a los abogados y muy poco a los clientes
4. Da paso a un conjunto de complicaciones que restan tiempo y esfuerzo de otros trabajos productivos

En teoría, la gente pleitea para mantener el dominio sobre sus vidas, o para recuperarlo. Para dejar constancia de que no va a dejar “mandarse” por nadie. Sin embargo, en la actualidad, los pleitos acaban haciéndonos muy vulnerables a las más diversas e insospechadas complicaciones que, como por arte de magia, va surgiendo y que acaban reduciendo el grado de control que uno tiene y facilitan que nos veamos desbordados por los acontecimientos: viola cláusulas de cuya existencia no tenía idea, debe enfrentarse a reglamentos que no se le ocurrió que eran de aplicación en aquel caso, etc.

“Y llega a la conclusión de que la mayor parte de las veces, la actividad comercial entendida normalmente sólo es posible porque la gente ignora los tecnicismos y pormenores triviales que todo el mundo conoce una vez que se ha dado acceso a los abogados”<sup>2</sup>.

Para evitar tener que acudir a los Tribunales cuando surgen las desavenencias, vale la pena recordar que hay otros medios de solventar la situación. Sin ánimo de ser exhaustivos, entre otras, vamos a citar dos. La primera sería el ejercicio de la abogacía preventiva; la segunda, las fórmulas complementarias de resolución de conflictos.

1) La *abogacía preventiva*: algunos abogados recomiendan a sus colegas en el foro a “desalentar los litigios” y favorecer la conciliación, a la vez que se ofrece al abogado la “gran oportunidad” no de librar batallas por cuenta de otros, sino de mediar como “pacificador”. Ciertamente es una buena recomendación pero comporta una dificultad básica, cual es la de que vulnera los métodos seguidos desde hace mucho tiempo por muchos abogados occidentales para llenarse los bolsillos.

*“Según los regímenes jurídicos de los Estados Unidos y de muchos países europeos, esos letrados se hacen ricos presionando a fondo*

---

<sup>2</sup> McCORMACK, Mark. H., *op.cit.*, p.256.

*en los asuntos para que se vean ante los tribunales, no procurando evitar los conflictos”<sup>3</sup>.*

Por ejemplo, en las sociedades orientales, no se retribuye a los médicos para que curen al sujeto enfermo, sino ante todo para que lo mantengan en buen estado de salud. En la China tradicional, por ejemplo, si un individuo enfermaba, el médico le trataba gratis, como reconociendo que no había cumplido con la obligación de mantenerlo sano. El sujeto retribuía al médico cuando gozaba de buena salud: existía una correlación perfecta entre el gasto y el beneficio. Los occidentales no somos así. No pagamos por el beneficio de la salud –médica o jurídica- y tiramos el dinero por el “privilegio” de estar enfermos o andar metidos en un pleito.

*“No obstante, cada vez son más los individuos y las empresas que descubren que la asesoría jurídica puede ser una inversión rentable antes de que surja el entuerto”<sup>4</sup>.*

Así por ejemplo, a) Las sociedades recurren a los letrados para que les mantengan al margen de contratiempos como la violación de las leyes sobre el medio ambiente o los procesos por responsabilidad civil del producto que fabrican, y no únicamente para que les defiendan cuando ya hayan cometido la infracción; b) La pequeña empresa se dirige a un legisperito en una fase temprana para evitar tener después problemas con el fisco o con sociedades colectivas si marchan mal; c) Aumenta cada vez más el número de parejas que contratan los servicios de un abogado para que redacten conciertos prenupciales y evitarle pugnas caras y desagradables en caso de divorcio.

2) La utilización de *las técnicas de resolución de conflictos alternativas* al Poder Judicial –conocidas como ADR, terminología que deriva de su denominación en inglés, *Alternative Dispute Resolution*- es cada vez mayor<sup>5</sup>. En el Derecho extranjero es

---

<sup>3</sup> McCORMACK, Mark. H., *op.cit.*, p.281.

<sup>4</sup> McCORMACK, Mark. H., *op.cit.*, p.282.

<sup>5</sup> Aunque solemos utilizar la traducción literal de la terminología anglosajona -ADR-, hay que dejar constancia de que preferimos calificarlas de formas “complementarias” de resolución de conflictos y no de formas “alternativas” pues no se trata de sustituir a la Administración de Justicia ni al proceso sino de complementarlo.

Sostenemos que se trata de formas “complementarias” de resolución de conflictos y no “alternativas” porque los diversos acuerdos a los que lleguen las partes implicadas para solucionar sus conflictos no

paradigma esencial en el movimiento de búsqueda de formas o mecanismos alternativos de resolución de conflictos el sistema anglosajón. La ideología que subyace en los Estados Unidos, cuna del sistema de Derecho anglosajón, basado no en la ley sino en la actividad judicial y en la jurisprudencia, creaba un clima propenso para ser el caldo de cultivo de estas ADR. Algunos ubican los orígenes en el movimiento del *Critical legal Studies*. Este movimiento, nacido en la Universidad de Harvard, defendía el realismo jurídico<sup>6</sup> y luchaba con el sistema jurídico estatalmente configurado. De ahí el interés que se produjo, desde diversos ámbitos, por la propuesta de “mecanismos que intentan resolver disputas, principalmente al margen de los tribunales o mediante medios no judiciales”.

## 2. Más allá de las Formas complementarias de resolución de conflictos

Las vías alternativas/complementarias de resolución de conflictos pueden sistematizarse en dos grandes opciones: la vía autocompositiva y la vía heterocompositiva. Las vías autocompositivas son aquellas que se caracterizan porque son las propias partes, auxiliadas, ayudadas o motivadas o no por un tercero, las que protagonizan el acuerdo. No se someten a un tercero para que éste resuelva sino que son las propias partes las que determinan la solución al conflicto, limitándose el tercero-mediador a aproximar a las partes en el acuerdo pero nunca hasta el punto de imponerles la solución. Se trata de que las partes intenten resolver el conflicto pendiente con el otro mediante la acción directa, en lugar de servirse de la acción dirigida hacia el Estado a través del proceso. Es cierto que al Estado le conviene aprovechar estas fórmulas para liberar a los tribunales del exceso de trabajo pero siempre y cuando no constituyan un peligro para la paz social y además, como veremos, el objetivo de estas fórmulas no es simplemente la de evitar el colapso judicial.

La heterocomposición hace referencia a aquellos sistemas de solución de conflictos, sean de carácter público (jurisdicción), sean de carácter privado (arbitraje), en

---

pueden ser *contra legem*. Es decir, los acuerdos alcanzados, bien sea en la conciliación, en la negociación o en la mediación, deben cumplir una serie de requisitos establecidos por la ley dentro del marco legal. Y si es el propio ordenamiento jurídico el que facilita ese entendimiento y complementariedad entre diversas formas de resolver los conflictos –como es el caso de la conciliación previa al proceso o de las diversas leyes de mediación- hay que felicitarse por ese logro.

En este trabajo, utilizaremos indistintamente el calificativo de “alternativas” y “complementarias”.

<sup>6</sup> *Vid.* Nuestro trabajo, “El fundamento del Derecho en el Realismo Jurídico Americano”. En Nuno Manuel Morgadinho dos Santos Coelho y Cleyson de Moraes Mello Organizadores, *Fundamentos da decisão judicial. Os caminhos da teoria do Direito e Hermenêutica contemporânea*. Rio de Janeiro, Editora Freitas Bastos, 2008.

los que un tercero da la solución a las partes, las cuales se limitan a realizar las alegaciones que consideran oportunas y desarrollan los medios de prueba pertinentes para la defensa de sus respectivas posiciones.

Estos métodos ofrecen unas claras ventajas: sus resultados son más rápidos porque el tercero neutro, sea árbitro, conciliador o mediador, puede ayudar a llegar a un resultado antes de que el proceso progrese o incluso se inicie. Se caracterizan por la confidencialidad de sus procedimientos, pues a diferencia de los judiciales, no son públicos sino secretos. Son también “informales”, dado que los pocos procedimientos existentes revisten escaso formalismo; son flexibles, ya que las soluciones no se encuentran prefijadas en la ley y se tiene la facultad de hacer justicia en cada caso según las peculiaridades. Son económicos, pues no se pueden comparar sus costes a los de litigar siguiendo un sistema formal, como el judicial. Son más justos en las decisiones, pues la resolución depende de lo que las partes acuerden.

Sin embargo, estos mecanismos han sido también objeto de duras críticas, tales como: el desequilibrio de poder entre las partes pues la mayoría de los conflictos abarcan personas con posición económica diferente, lo que acaba por influir en la parte con menor poder por falta de recursos; también, el problema de representación pues a veces estos mecanismos presuponen individuos actuando por sí mismos y otros mediante abogados o representantes, e incluso grupos y organizaciones firman acuerdos que no son los que mejor atenderían los intereses de sus clientes, subordinados, etc.; también, la falta de fundamento por la actuación judicial posterior que, según los críticos, los que creen en la resolución alternativa, minimizan el juicio a un remedio y erróneamente consideran que el acuerdo realizado por las partes es un sustituto de la sentencia poniendo fin al proceso. Así, cuando las partes solicitaran alguna modificación, el juez estará limitado por los pactos de las decisiones ya firmadas. De igual manera, los medios extrajudiciales no serían adecuados para tratar conflictos que suscitan cuestiones de principio o que envuelven valores básicos y cuya resolución excluye cualquier tipo de transacción.

Aunque nuestro sistema de justicia fuese más eficaz, la obligación de los tribunales y otros foros tradicionales de tener que pronunciarse sobre lo justo y lo injusto, y de designar vencedores y perdedores, destruye necesariamente cualquier relación previa entre las personas involucradas. Tanto si las partes son un marido que se quiere divorciar de su esposa y tiene que continuar con ella compartiendo la custodia de los hijos, o

empresas que desean conservar sus clientes y proveedores, o trabajadores que quieren mantener sus puestos de trabajo, es prácticamente imposible que las personas, que en su día tuvieron una confrontación en una sala del juzgado, conserven luego sus relaciones. Tal vez el éxito de las ADR haya que buscarlo en que las partes en conflicto pueden adoptar el “papel de juez”<sup>7</sup>, de tal forma que desde los vecinos enfrentados a los directores de empresas, todos se sienten satisfechos al desempeñar un papel activo en la solución de sus propios conflictos o en los de otros.

Las decisiones que toman conjuntamente todas las partes afectadas pueden adaptarse a la medida de las necesidades de cada una de ellas. Por ejemplo, es más factible que las medidas relativas al cuidado de los hijos que determinan los padres que se van a divorciar reflejen mejor las preferencias de los mismos, que las fijadas por el juez o por los abogados de las partes. En definitiva, las partes afectadas por el conflicto, debidamente ayudadas por un tercero, tienen más posibilidades de encontrar una solución eficaz que si la propone un extraño. Además de que también ayuda a conservar una relación de continuidad entre las partes, lo que sería más difícil si se acaba en una batalla judicial. Y, como última ventaja, hay que apuntar que las personas que llegan a un acuerdo por sí mismas son más propensas a cumplirlo que cuando lo dicte un juez. El cumplimiento de estos acuerdos afecta a una amplia gama de personas y da origen a numerosos problemas: desde los padres que se niegan a pagar la pensión alimenticia a sus hijos, hasta las compañías cuyos productos contaminan el medio ambiente.

Las técnicas de ADR principales son tres, la negociación, la conciliación y la mediación. No es nuestra intención insistir en este trabajo en las diferencias de cada una de ellas y sus características. Vamos a limitarnos únicamente a la mediación. Para ello, partimos de un concepto de mediación que podría ser el siguiente: La mediación es una forma de gestionar el conflicto a través de un mediador que ayuda a las partes enfrentadas a identificar los puntos de conflicto y a buscar las posibles vías de solución. El mediador no puede imponer la solución a las partes<sup>8</sup>. Se debe limitar a facilitar el diálogo y la discusión

---

<sup>7</sup> Precisamente, este “papel de juez” es criticado por parte de algunos miembros de la Administración de Justicia. Critican, por ejemplo, si nos referimos a la mediación, que el mediador sea una especie de “juez a la carta”, de forma que si las partes mediadas no están satisfechas, pueden desistir de ese mediador y buscar otro. Rechazamos este planteamiento porque implica no conocer realmente el concepto y la finalidad y funciones de las formas autocompositivas de resolución de conflictos.

<sup>8</sup> L. Schvarstein expone unas reflexiones, en forma de proposiciones, sobre la mediación:

1) *La comunidad es el ámbito privilegiado para la utilización de la mediación como técnica para conducir disputas*: son los miembros de la comunidad, sobre la base de sus intereses, quienes pueden establecer un contexto de interpretación que facilite las significaciones comunes. Es su necesidad compartida de una

e instar a las partes a conciliar sus intereses. La relación entre las partes es planteada en términos de cooperación, con una proyección en el futuro y con un resultado en el cual todos ganan<sup>9</sup>.

Sería deseable que funcionarios, psicólogos, trabajadores sociales, educadores sociales y abogados, así como los demás operadores encargados de hacer que el sistema funcione y se consolide, pudieran mirar las situaciones que se les presentan a su intervención con los ojos de la mediación. Esto es, con la conciencia de que aquí hay un

---

convivencia plena y saludable lo que debe promover una actitud de cooperación como base para la conducción de disputas;

2) *La mediación, como proceso de educación informal, tiene un altísimo potencial educativo*: basta que el lector se imagine a sí mismo teniendo que tomar turnos para hablar (sin interrupciones), identificar objetivos, recursos, necesidades, analizar opciones y tomar decisiones, redactar acuerdos, reflexionar en equipo. Son conductas que no asumimos con facilidad en nuestra vida cotidiana, y la participación en la mediación, desde cualquiera de los roles, las desarrolla y las favorece;

3) *La resolución de disputas en el ámbito del Poder Judicial suele ser una conducta moral. La opción por la mediación fuera de dicho ámbito es una conducta ética*: El sujeto moral debe ajustarse a una ley preexistente, mientras que el sujeto ético se constituye sólo por su relación con la ley a la que se adhiere. La moral remite a la ley y a la organización social en la que cada uno se desenvuelve, mientras que la ética es asunto entre cada uno y los demás, haciendo del sujeto un actor con plenas facultades;

4) *La mediación no es una privatización de la justicia*: La manera como intentamos resolver nuestras disputas en el ámbito público del Poder Judicial constituye, paradójicamente, una *privatización* de las mismas. Estamos allí *privados* del conocimiento de las reglas del juego, de las alternativas a nuestro alcance, del contacto con nuestros oponentes y con los jueces que deben resolver sobre nuestras diferencias y, muchas veces, de la confianza de nuestros abogados que parecen pleitear en beneficio propio (baste recordar *El proceso*, de F. Kafka);

5) *La mediación, como técnica, no es una panacea universal*: la mediación no deja de ser una técnica limitada por el contexto en el que se utiliza. La mediación, además, no es valorativamente neutral. Los valores que la sostienen y la concepción de sujeto de la que es portadora, hacen que sea imposible de aplicar en contextos que no sean congruentes. En contextos rígidos, autoritarios, cerrados, opacos en cuanto a la información e intenciones, donde priman las interacciones estratégicas destinadas a sacar ventaja respecto de los demás, es difícil generar el contexto adecuado de aplicación de la mediación;

6) *Las organizaciones que se estructuran jerárquicamente no constituyen ámbitos propicios para la utilización de la mediación*: Las organizaciones jerárquicas determinan conversaciones verticales superior-subordinado, en un marco de responsabilidades exigibles. Aun cuando se den conversaciones horizontales entre colegas de la misma o de distintas áreas, lo que en ellas sucede no puede dejar de interpretarse en el marco de rendición de cuentas que cada uno de los participantes debe a su jefe. En la mediación, siempre la inclusión de un tercero crea un nuevo sistema, siendo este nuevo sistema diferente del que existía antes de su inclusión. Es esto lo que se pretende con la mediación: crear un sistema distinto entre las partes en conflicto para ayudarles a gestionar sus diferencias (Prólogo a SUARES, Marinés, *Mediación, conducción de disputas, comunicación y técnicas*. Buenos Aires-Barcelona-México, Paidós, 4º reimp., 2004, pp.21-32).

<sup>9</sup> Destacamos otra de las diversas definiciones de la mediación que han formulado los estudiosos de ese campo: “La mediación supone el uso de una tercera parte neutral para ayudar a los contendientes a llegar a un acuerdo consensuado tanto en asuntos civiles como criminales”. La mediación difiere del arbitraje y de la adjudicación –proceso-, en los que el oficial judicial determina el acuerdo (GROVER DUFFY, K., “Introducción a los Programas de Mediación comunitaria: pasado, presente y futuro”. En: *La mediación y sus contextos de aplicación. Una introducción para profesionales e investigadores* (Coordinadores: K. Grover Duffy, J. W. Grosch y P.V. Olczak). Trad. de M<sup>a</sup>. A. Garoz. Barcelona, Paidós, 1996, p.63).

Hemos destacado algunas de las principales ventajas que ofrece la mediación como forma alternativa de gestionar los conflictos. Pero también es cierto que no puede aplicarse a cualquier tipo de conflicto. Por ejemplo, cuando se aprecie que no hay un equilibrio entre las dos partes enfrentadas (por ejemplo, en el caso de una mediación entre una pareja, si se observa que hay malos tratos a la mujer, o una situación de desequilibrio emocional de alguna de las dos partes, etc.). Por ello, la mediación, en algunos casos concretos y según qué circunstancias, puede no resultar aconsejable.

campo de actividad nuevo que se está consolidando y que está tomando forma, que permite que las personas utilicen una manera distinta y no competitiva de buscar la solución de sus problemas. Que tomen conciencia de que el objetivo de resolver las disputas a través del consenso se merece, al menos, un esfuerzo y una inversión de recursos de la sociedad, proporcional al que se invierte en otros métodos de resolución de conflictos interpersonales, comunitarios o sociales no basados en el consenso (como los enfrentamientos sociales violentos, la guerra o la pelea judicial).

Las formas complementarias de gestionar los conflictos están adquiriendo nuevo protagonismo<sup>10</sup>. La “educación para la paz”<sup>11</sup> está comenzando a dar sus frutos. Pero el hecho de que la paz signifique la ausencia de todo tipo de violencia no quiere decir que no puedan existir conflictos. La paz niega la violencia, no así los conflictos que forman parte de la vida<sup>12</sup>. Es más, a través de los conflictos que surgen a lo largo del desarrollo de nuestra vida, de cómo nos enfrentamos a ellos y los superamos, vamos creciendo. El conflicto no es malo en sí, lo malo en muchas ocasiones es la forma en que pretendemos resolverlos (con violencia, con autoridad, por la fuerza, aprovechándonos de nuestra superioridad con respecto a la otra parte, buscando la eliminación del adversario). El conflicto, como las crisis, es consustancial al ser humano. La dificultad estriba en que el conflicto es un fenómeno multidimensional que requiere ser explicado desde una perspectiva multidisciplinar. Resulta necesario diferenciar la agresión o cualquier respuesta violenta de intervención en un conflicto, del propio conflicto.

Tanto por la propia dinámica del conflicto como por las repercusiones pedagógicas que ello trae consigo, debe destacarse la especial importancia de la percepción de los protagonistas tanto en la génesis del conflicto como en su desarrollo, hasta el punto de que “regular o resolver un conflicto supone a menudo clarificar las percepciones y hacerlas comprensibles a los ojos de ambas partes”. En definitiva, hay que

---

<sup>10</sup> Vid. nuestro trabajo: *Otros cauces para el Derecho: formas alternativas de resolución de conflictos*. En: “Los nuevos horizontes de la Filosofía del Derecho. Libro homenaje al Profesor Luis García San Miguel”. (Editor: V. Zapatero). Universidad de Alcalá de Henares, 2002, pp.55-92. También, en lengua italiana, “Altre strade per il Diritto: forme alternative di risoluzione di conflitti”. En: *Annali del Seminario Giuridico*. Università di Catania. Giuffrè Editore, Vol.II, 2000-2001, pp.347-385. También, “La Ley de Mediación familiar de Castilla y León y su desarrollo reglamentario” en N. Beloso Martín, coordinadora. Por último, *Por una adecuada gestión de los conflictos: la mediación*, N. Beloso Martín coordinadora, Burgos, Caja de Burgos, 2008.

<sup>11</sup> Sobre esta temática vid. JARES, X.R., *Educación para la paz. Su teoría y su práctica*. 2ª ed., Madrid, Editorial Popular, 1999.

<sup>12</sup> Cfr. JARES, X.R., *op.cit.*, pp.106-107.

resaltar la educabilidad del ser humano, y en esta renovada educación para la paz, las nuevas formas de gestionar los conflictos pueden desempeñar un papel fundamental.

La negociación, la conciliación y la mediación no niegan que el conflicto existe. Lo que pretenden es ayudar a las partes enfrentadas a poner los medios adecuados y a enfatizar las estrategias de resolución pacífica y creativa del mismo. La clave no está en la eliminación del conflicto sino en su regulación y resolución de forma justa y no violenta. Hay pues que aprender y practicar unos métodos, no de eliminar el conflicto sino de regularlo y encauzarlo hacia resultados provechosos. Las técnicas de ADR trabajan con el conflicto para de ahí obtener un cambio. Se trabaja con el “conflictograma” que enfrenta a las partes –porque sigue un determinado proceso con subidas y bajadas de intensidad, con sus momentos de inflexión-, y este “cuadro” es común, pues lo mismo se ajusta a un conflicto entre vecinos, que a un conflicto entre trabajador y empresario que a un conflicto familiar entre los dos cónyuges.

A pesar de la tendencia común a utilizar indistintamente la palabra mediación, arbitraje, e incluso negociación, o a recurrir al término global “ADR”, más reciente, cada una de estas técnicas representa un método distinto para tratar el conflicto. Cuando la gente se decide a solucionar sus conflictos, el método más utilizado es el de la negociación, en el que las partes intentan solucionar sus diferencias personalmente. Conforme van recurriendo a vías de solución más elaboradas, empiezan a intervenir terceras personas en el proceso, como en el caso de la mediación, o en el caso de técnicas mixtas. Cuanto más se incrementa la participación de un tercero, tanto más poder ceden las partes para solucionar sus conflictos. La cesión de poder alcanza su máximo nivel cuando las partes se someten a un veredicto, en el que los terceros toman decisiones vinculantes para las partes<sup>13</sup>.

En las formas tradicionales de resolución de conflictos y en el arbitraje se decide conforme a ley, en la mediación se resuelve o se transforma el conflicto recurriendo a su reconstrucción simbólica. Cuando se decide judicialmente se consideran normativamente los efectos; de este modo, el conflicto puede quedar hibernando, volviéndose más grave en cualquier momento futuro. Solucionar un conflicto equivale a que las partes implicadas han “creado” la solución y a nadie se le ha “impuesto”.

---

<sup>13</sup> Cfr. SINGER, L.R., *Resolución de conflictos. Técnicas de actuación en los ámbitos empresarial, familiar y legal*. Trad. de P. Tausent, Barcelona, Paidós, 1996, pp.31-32.

En un procedimiento contencioso, el juez decide una vez que las partes han presentado las pruebas y los argumentos de sus pretensiones. Todo dentro de un ritual inflexible en que si se olvida algún dato es casi imposible corregir ese olvido. En las mediaciones los “olvidos” no resultan tan fatales como en la cultura tradicional del litigio. Ello es debido a que las partes tienen en sus normas la posibilidad de resolver el conflicto, pudiendo utilizar todos los mecanismos que consideren necesarios para poder elaborar, transformar o resolver sus desavenencias con el otro. “No existe ningún juez que amenace a una de las partes con la extinción de la acción por no cumplir con un tiempo procesal, arbitrario-unilateralmente declarado por el juez”<sup>14</sup>.

Sin embargo, la mediación y los demás métodos de solución de conflictos no deben limitarse a ser entendidos como “alternativos” o “complementarios” a la jurisdicción<sup>15</sup>. Se trata de mecanismos autónomos de pacificación social y, por tanto, deben considerarse medios independientes de acceso a la justicia, cuyo fundamento se encuentra en la libertad de los ciudadanos:

*“Una sociedad moderna, en la que prime el bienestar de los ciudadanos y la libertad como valor social básico, debe poner a disposición de sus ciudadanos diversos medios de resolución de conflictos y permitir que opten por aquél que mejor se ajuste a sus intereses. Constituye un error colocar la jurisdicción –la potestad estatal- en el centro del sistema de justicia civil y mercantil de un país y relegar los demás mecanismos de solución de conflictos al lugar de los medios alternativos, cuya única razón de ser se encuentra en que son medios idóneos para “descongestionar los tribunales” (...) La base para la reflexión se encuentra, pues, en la idea e libre acceso de*

---

<sup>14</sup> WARAT, Luis Alberto, *O Ofício do Mediador*. Vol. I, Florianópolis, Habitus Editora, 2001, p.12.

<sup>15</sup> Estos medios no jurisdiccionales de resolución de conflictos en ocasiones son complementarios, sucesivos o previos a la vía jurisdiccional, pero no puede olvidarse que también constituyen vías alternativas. Como advierte S. Barona Vilar, cuando se llega a un acuerdo y el proceso ya había comenzado implica una terminación anormal del proceso basado en el principio dispositivo que rige la autonomía de la voluntad. En este sentido, las formas anormales de terminación del proceso son medios a través de los cuales se produce una alternativa al desarrollo íntegro del proceso; por ejemplo, basta pensar en el desistimiento, la renuncia, el allanamiento, la transacción y la caducidad, con efectos procesales, ya sea por voluntad de una de las partes, que hace dejación de la pretensión o del proceso, bien por voluntad de ambas que dejan transcurrir el tiempo sin actividad alguna o porque deciden llegar a un acuerdo (Cfr. BARONA VILAR, Silvia, *Solución extrajurisdiccional de conflictos. ‘Alternative Dispute Resolution’ (ADR) y Derecho Procesal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, pp.196-197).

*los ciudadanos a la justicia y el desarrollo de las ADR debe verse desde esta perspectiva, y con plena conciencia de que, en el fondo, ese desarrollo no depende de las leyes, sino del fomento de la “cultura de la mediación”<sup>16</sup>.*

Por ello, no pretendemos justificar las bondades de las formas autocompositivas de resolución de conflictos partiendo de la mera crítica de las formas heterocompositivas y, sobre todo, del congestionamiento de la Administración de Justicia. No queremos caer en la trampa de que, por ejemplo, para ensalzar la mediación, nos limitemos a resaltar las insuficiencias del proceso. Tanto las formas heterocompositivas como las autocompositivas presentan unas ventajas y unos inconvenientes. Se trata de saber extraer el mejor aprovechamiento de cada una de ellas atendiendo a diversas variables tales como el tipo de conflicto de que se trate, el procedimiento de gestión del mismo y la autonomía y la capacidad de las partes para gestionar su conflicto. Estas fórmulas, en comparación con el proceso, toman un punto de partida diferente, siguen un procedimiento diverso y llegan también a un resultado distinto del que se obtendría siguiendo el proceso. La verdadera clave del cambio es la de promover una revolución pacificadora.

Entre las diversas formas complementarias de resolución de conflictos vamos a prestar especial atención a la mediación y, entre los posibles campos susceptibles de trabajar con la mediación, al ámbito civil y mercantil, que ha comenzado a ser objeto de regulación legal por parte de la normativa europea.

### **3.Una nueva profesión: la mediación**

No siempre que surge un conflicto la negociación resulta útil para resolverlo. Cuando nos encontramos ante este tipo de situaciones en la que el acuerdo no es posible a través de la negociación podemos utilizar el recurso de la mediación. Así, puede ocurrir que las partes o individuos implicados en un conflicto lleguen a un empate y se vean mermados o incapaces de solucionar sus problemas o diferencias mediante negociaciones

---

<sup>16</sup> ANDRÉS CIURANA, Baldomero, “La mediación civil y mercantil: una asignatura pendiente en España. (A propósito de la propuesta de Directiva sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles), en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 12-2005, p.61.

directas. En estos casos, los bandos implicados en la negociación podrían acudir a una tercera parte para que les ayude a encontrar una solución satisfactoria para ambos<sup>17</sup>. No se someten a un tercero para que éste resuelva sino que son las propias partes las que determinan la solución al conflicto, limitándose el tercero-mediador a aproximar a las partes en el acuerdo pero nunca hasta el punto de imponerles la solución.

La mediación es una forma de gestión positiva de los conflictos, que se rige por principios propios, y se hace efectiva a través de un procedimiento no formal, combinando técnicas multidisciplinarias, por un profesional con formación específica en este campo, con la finalidad de alcanzar acuerdos duraderos.

Hace ya dos décadas, la Recomendación (86) 12 del Consejo de Ministros a los Estados miembros del Consejo de Europa respecto a medidas para prevenir y reducir la carga de trabajo excesiva en los Tribunales, recomendaba promover la solución amistosa de los conflictos<sup>18</sup>.

En España, lamentablemente no contamos con una Ley de ámbito nacional sobre la mediación<sup>19</sup>. Son algunas Comunidades Autónomas las que han venido promulgando sus respectivas leyes de mediación, aplicadas a un ámbito de actuación concreto: el de los conflictos familiares<sup>20</sup>. Sin embargo, la mediación es susceptible de

---

<sup>17</sup> GUILLÉN GESTOSO, C.; J. MENA CLARES; E. RAMOS RUIZ Y S. SÁNCHEZ SEVILLA (2005): "Aproximación genérica a la mediación", en J. Sánchez Pérez coord., *Aproximación interdisciplinar al conflicto y a la negociación*, Cádiz: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, p. 59-72.

<sup>18</sup> Recomendación (86) 12 del Consejo de Ministros a los Estados miembros del Consejo de Europa respecto a medidas para prevenir y reducir la carga de trabajo excesiva en los Tribunales (Adoptada por el Consejo de Ministros de 16 de septiembre de 1986, durante la 39ª reunión de los Delegados de los Ministros) (Vid. Prats Albertosa, L. edtr. (2003): *Legislación de Mediación Familiar*, Navarra: Thomson-Aranzadi, p.23).

<sup>19</sup> Consideramos acertado el planteamiento de una Ley nacional de mediación, como es el caso de Brasil - Ley que se está sustanciando a través del Proyecto de Lei nº. 4.827/1998- (Vid. El interesante volumen colectivo coordinado por Humberto dalla Bernardina de Pino, un gran especialista de la mediación en el contexto brasileño y en el Derecho comparado: Humberto dalla BERNARDINA DE PINO, coord., *Teoría geral da mediação á luz do Projeto de Lei e do Direito Comparado*, Rio de Janeiro, Lumen Juris Editora, 2008.

<sup>20</sup> Actualmente, son diez las Leyes autonómicas vigentes sobre mediación familiar, de las que sólo algunas cuentan con desarrollo reglamentario:

. La Ley 1/2001, de 15 de marzo, de Mediación Familiar de Cataluña; y su Reglamento, aprobado mediante el Decreto 139/2002, de 14 de mayo.

. La Ley 4/2001 de 31 de mayo, de Normas reguladoras sobre Mediación Familiar en Galicia; y su Reglamento, aprobado mediante el Decreto 159/2003, de 31 de enero.

. La Ley 7/2001, de 26 de noviembre, de Normas reguladoras de la Mediación Familiar en la Comunidad Valenciana. Decreto 41/2007, de 13 de abril, por el que se desarrolla la Ley.

. La Ley 15/2003, de 8 de abril de Canarias, completada mediante Ley 3/2005, de 23 de junio, para la modificación de la Ley 15/2003, de 8 de abril, de la Mediación Familiar; y su Reglamento, aprobado mediante el Decreto 144/2007, de 24 de mayo.

. Ley 4/2005, de 24 de mayo, de regulación de la Mediación Familiar como servicio social especializado en Castilla-La Mancha.

aplicarse a muy diversas áreas, y con excelentes resultados: interculturalidad, penal<sup>21</sup>, laboral<sup>22</sup>, conflictos civiles y mercantiles –sobre los que va a versar el presente trabajo–,

---

. La Ley 1/2006, de 6 de abril, de Castilla y León; y el Decreto 50/2007, de 17 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Desarrollo de la Ley 1/2006, de 6 de abril, de Mediación Familiar de Castilla y León.

. La Ley 18/2006, de 22 de noviembre de Mediación familiar de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears.

. La Ley 1/2007, de 21 de febrero, de Mediación Familiar de la Comunidad de Madrid.

. La Ley del Principado de Asturias 3/2007, de 23 de marzo, de Mediación Familiar.

. Por último, la Ley 1/2008, de 8 de febrero, de Mediación Familiar del País Vasco.

En otras Comunidades Autónomas se está trabajando en diversos Proyectos de Ley de Mediación Familiar, como en el Parlamento Andaluz. Por consiguiente, la tendencia es la de que lleguemos a disponer de una ley por cada Comunidad Autónoma.

Si se desean consultar los principales aspectos comparativos de las distintas Leyes autonómicas de mediación familiar (antecedentes legislativos, objeto de la ley, concepto, principios, personas legitimadas para solicitar mediación, ámbitos, organización, gratuidad, proceso, duración del proceso, Colegios profesionales, formación en mediación, Registro, infracción y sanciones) *vid.* el cuadro comparativo de la legislación en mediación familiar (GARCÍA VILLALUENGA, L., y BOLAÑOS CARTUJO, I., *Situación de la mediación Familiar en España. Detección de necesidades. Desafíos pendientes.* Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2007, pp.58-84). Sólo falta la Ley de Mediación familiar del País Vasco ya que, cuando se publicó la obra, aún no se había promulgado esa Ley.

<sup>21</sup> No entramos aquí en el análisis de otros contextos susceptibles de ser tratados también con la mediación, para no extendernos. Pero no podemos dejar de destacar la fuerza que va cobrando la utilización de la mediación en el ámbito penal, concretamente, la mediación penal en menores. Algunos Tribunales, tanto en la ciudad de Burgos, como en Valladolid –donde el juzgado nº2 de lo penal iniciará en septiembre un plan piloto de mediación aplicada en el ámbito penal, impulsada por la Magistrada Ana Carrascosa, y contando con el beneplácito del Ministerio Fiscal- (*Vid.* nuestros trabajos, “Mediación penal de menores”, en N. Belloso Martín (Coordinadora), *Estudios sobre mediación*, La ley de Mediación familiar de Castilla y León. Junta de Castilla y León, Indipres, 2006, pp.325-356; también, “Derecho en transformación. Cuestiones de Filosofía jurídica y justicia reparadora”, en N. Belloso Martín y A. de Julios Campuzano (coordinadores), *¿Hacia un paradigma cosmopolita del derecho?: pluralismo jurídico, ciudadanía y resolución de conflictos*, Madrid, Dykinson-IISJ, 2007, pp.325-363).

En el ámbito regional de nuestra Comunidad Autónoma de Castilla y León, la Ley 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia en Castilla y León, tras dejar clara la primacía del interés del menor, se ocupa, en su Título IV, de las cuestiones relativas a la actuación de los menores infractores. La ley incluye unos criterios de alcance general y previsiones diferenciadas para las medidas de régimen abierto, privativas de libertad o de carácter sustitutivo, y para las actuaciones de apoyo y seguimiento. En todos los casos se parte de la consideración prevalente del interés del menor infractor, del respeto a los derechos no afectados por el contenido de la sentencia, de la finalidad educativa de todas las medidas, orientadas a la consecución de la integración de aquel, y de la consideración de la legislación general y de la sentencia singular como configuradores del marco de ejecución. Se destaca también la importancia de los principios de individualización, integralidad e intervención normalizada, y se prevé el favorecimiento de las actuaciones coordinadas y de la participación familiar y social en el proceso de integración del menor.

Concretamente, entre las diversas actuaciones en materia de menores infractores que se contemplan en el Título IV de la Ley 14/2002, de protección a la infancia, el Capítulo IV regula las “medidas sustitutivas”. El artículo 120, en sus apartados 1 y 2, establece el marco general para su ejecución, determinando que, “Las actuaciones de mediación para propiciar la conciliación entre el menor infractor y la víctima, y en su caso la reparación a ésta o al perjudicado, que puedan acordarse durante el procedimiento ante la jurisdicción penal de menores para evitar la continuación del expediente, serán ejecutadas o supervisadas por la Administración de la Comunidad Autónoma, sólo cuando, tras solicitud del Ministerio Fiscal o del Juez, así se acuerde expresamente por ésta, utilizándose entonces los recursos y procedimientos que reglamentariamente se determinen”. “Una vez firme la sentencia o durante la ejecución de las medidas impuestas en la misma, los profesionales de la Administración de la Comunidad Autónoma encargados o responsables de ésta, podrán, en el marco de la estrategia de la intervención, instar, facilitar o llevar a cabo la conciliación entre el menor infractor y la víctima, proponiéndolo o comunicándolo, según los casos y a los efectos previstos en la ley, al Juez de Menores a quien compete el control de dicha ejecución”.

conflictos en la comunidad, en el ámbito escolar y tantos otros. Concretamente, nuestra Comunidad Autónoma de Castilla y León, a través de otras Consejerías, como es el caso de la de Educación, muestra una actitud receptiva a la utilización de la mediación para solucionar los conflictos surgidos, concretamente, en el ámbito escolar. Buena prueba de ello lo constituye la reciente normativa aprobada al respecto en nuestra Comunidad, en la que se establece la mediación familiar como una de las posibles formas de resolver, y también prevenir, conflictos en los centros escolares<sup>23</sup>.

---

<sup>22</sup> Vid. HEREDIA CERVANTES, Iván (editor), *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. Medios alternativos de solución de controversias* 11, Madrid, Universidad Autónoma-BOE, 2007, En este número del Anuario se trata de la aplicación de los medios alternativos de solución de controversias –MASC- a distintas áreas: comercio internacional, relaciones laborales, consumidores, derecho penal, derecho tributario, aspectos éticos de los MASC y otros.

<sup>23</sup> La Legislación sobre Mediación escolar en la Comunidad de Castilla y León que se ha promulgado, es la siguiente:

1) DECRETO 51/2007, de 17 de mayo, por el que se regulan los derechos y deberes de los alumnos y la participación y los compromisos de las familias en el proceso educativo, y se establecen las normas de convivencia y disciplina en los Centros Educativos de Castilla y León;

2) ORDEN EDU/1921/2007, de 27 de noviembre, por la que se establecen medidas y actuaciones para la promoción y mejora de la convivencia en los centros educativos de Castilla y León.

Ya anteriormente, la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, configuraba la convivencia escolar como un principio y como un fin del sistema educativo, al recoger, como elementos que lo inspiran, la prevención del conflicto y su resolución pacífica. A partir de esta normativa actual y, sobre la base de los derechos y deberes que se reconocen a los alumnos, se afirma la responsabilidad que corresponde a toda la comunidad educativa en la mejora de la convivencia escolar. Los objetivos que se pretenden alcanzar son básicamente dos: 1) reacción ante una conducta perturbadora; 2) estrategia para prevenir conflictos.

El citado DECRETO establece, como ejes fundamentales, los siguientes: 1) Implicación de las familias en el proceso educativo: participación en medidas novedosas de corrección de conductas perturbadoras de la convivencia; 2) Mediación escolar: medida de corrección voluntaria para la solución de conflictos entre partes; 3) Procesos de acuerdo reeducativo, donde los padres o tutores legales toman un protagonismo fundamental; 4) Nueva figura: el coordinador de convivencia; 5) Dos instrumentos básicos para la convivencia: el plan de convivencia y el reglamento de régimen interior del centro; 6) Refuerzo de la autoridad de los profesores, mediante herramientas disciplinarias: actuaciones correctoras inmediatas; Para aquellas conductas que perjudican gravemente la convivencia escolar, se configura un régimen de infracciones y sanciones y un procedimiento sancionador claro y estructurado.

La mediación escolar está regulada en los artículos 42 y ss. Se la define como una forma de abordar los conflictos surgidos entre dos o más personas, contando para ello con la ayuda de una tercera persona denominada mediador. El principal objetivo de la mediación es analizar las necesidades de las partes en conflicto, regulando el proceso de comunicación en la búsqueda de una solución satisfactoria para todas ellas.

En relación a su desarrollo, se establece que: a) La mediación tiene carácter voluntario, pudiendo ofrecerse y acogerse a ella todos los alumnos del centro que lo deseen; b) La mediación está basada en el diálogo y la imparcialidad, y su finalidad es la reconciliación entre las personas y la reparación, en su caso, del daño causado. Asimismo, requiere de una estricta observancia de confidencialidad por todas las partes implicadas; c) Podrá ser mediador cualquier miembro de la comunidad educativa que lo desee, siempre y cuando haya recibido la formación adecuada para su desempeño; d) El mediador será designado por el centro, cuando sea éste quien haga la propuesta de iniciar la mediación y por el alumno o alumnos, cuando ellos sean los proponentes. En ambos casos, el mediador deberá contar con la aceptación de las partes afectadas; e) La mediación podrá llevarse a cabo con posterioridad a la ejecución de una sanción, con el objetivo de restablecer la confianza entre las personas y proporcionar nuevos elementos de respuesta en situaciones parecidas que se puedan producir.

En relación a la finalización de la mediación, se establece que: 1) Los acuerdos alcanzados en la mediación se recogerán por escrito, explicitando los compromisos asumidos y el plazo para su ejecución; 2) Si la mediación finalizase *con acuerdo* de las partes, en caso de haberse iniciado un procedimiento sancionador y

Uno de los elementos claves de la mediación es el mediador. Él es quien va a encarnar la imagen concreta de la mediación. La impresión que reciban las partes del mediador, en la primera entrevista, les va a animar a optar por la vía de la mediación o a desterrarla. Y el cómo discorra el proceso de mediación y, en gran parte, el resultado del proceso de mediación, va a ser responsabilidad del mediador. El mediador desempeña el papel de la imagen pública, de cara a la galería de la mediación<sup>24</sup>. De ahí que la

---

una vez llevados a cabo los acuerdos alcanzados, la persona mediadora lo comunicará por escrito al director del centro quien dará traslado al instructor para que proceda al archivo del expediente sancionador; 3) En caso de que la mediación finalice sin acuerdo entre las partes, o se incumplan los acuerdos alcanzados, el mediador comunicará el hecho al director para que actúe en consecuencia, según se trate de una conducta contraria a las normas de convivencia, aplicando las medidas de corrección que estime oportunas, o gravemente perjudicial para la convivencia en el centro, dando continuidad al procedimiento sancionador abierto, reanudándose el cómputo de plazos y la posibilidad de adopción de medidas cautelares previstas; 4) Cuando *no se pueda llegar* a un acuerdo, o no pueda llevarse a cabo una vez alcanzado, por causas ajenas al alumno infractor o por negativa expresa del alumno perjudicado, esta circunstancia deberá ser tenida en cuenta como atenuante de la responsabilidad; 5) El proceso de mediación debe finalizar con el cumplimiento de los acuerdos alcanzados, en su caso, en el plazo máximo de diez días lectivos, contados desde su inicio. Los periodos de vacaciones escolares interrumpen el plazo.

La ORDEN pretende desarrollar diversos aspectos recogidos en el Decreto 51/2007: 1) la promoción y mejora de la convivencia en relación con los recursos necesarios para su fomento en los centros docentes; 2) las medidas necesarias de coordinación, seguimiento y evaluación en los diferentes niveles de la Administración; 3) el impulso de la figura del coordinador de convivencia; 4) la acción tutorial; 5) la orientación o la necesidad de abordar actuaciones para que los centros educativos sean más seguros y para garantizar la asistencia jurídica de todos los miembros de la comunidad educativa.

En los centros públicos y en los centros privados concertados de Castilla y León que impartan enseñanzas completas de educación infantil y primaria, educación secundaria obligatoria, bachillerato o formación profesional, el Director designará, entre los miembros del claustro, un *Coordinador de convivencia*, preferentemente entre los profesores que cumplan los siguientes requisitos: 1) Ser profesor del centro con destino definitivo y poseer conocimientos, experiencia o formación en la prevención e intervención en los conflictos escolares; 2) Tener experiencia en labores de tutoría.

El nombre de dicho profesor deberá figurar en la programación general anual del curso escolar correspondiente, especificando la especialidad que posee y la etapa educativa en la que imparte docencia.

Las funciones del Coordinador de convivencia, (en colaboración con el jefe de estudios), serán: a) Coordinar, en colaboración con el jefe de estudios, el desarrollo del plan de convivencia del centro y participar en su seguimiento y evaluación; b) Participar en la elaboración y aplicación del plan de acción tutorial en coordinación con el equipo de orientación educativa y psicopedagógica o con el departamento de orientación del centro, en lo referente al desarrollo de la competencia social del alumnado y la prevención y resolución de conflictos entre iguales. c) Participar en las actuaciones de mediación, como modelo para la resolución de conflictos en el centro escolar, en colaboración con el jefe de estudios y el tutor, y según lo que se especifique en el reglamento de régimen interior del centro; d) Participar en la comunicación y coordinación de las actuaciones de apoyo individual o colectivo, según el procedimiento establecido en el centro, y promover la cooperación educativa entre el profesorado y las familias, de acuerdo con lo establecido en el plan de convivencia del centro; e) Coordinar a los alumnos que pudieran desempeñar acciones de mediación entre iguales; f) Aquellas otras que aparezcan en el plan de convivencia del centro o que le sean encomendadas por el equipo directivo del centro encaminadas a favorecer la convivencia escolar (art. 12 y ss.).

La Consejería de Educación podrá asignar anualmente al Coordinador de convivencia una dedicación horaria lectiva semanal para el desempeño de sus funciones, que se establecerá a partir del análisis de los datos indicadores de la situación de la convivencia del centro (vid. [www.jcyl.es](http://www.jcyl.es), concretamente, el apartado de convivencia escolar en el apartado de Educación. En este portal se puede encontrar un Manual para explicar la mediación aplicada a los conflictos escolares).

<sup>24</sup> Las características fundamentales del mediador, que presenta William E. Simkin, y que recoge J.L. Bolzan de Morais, se podrían resumir en estas dieciséis:

credibilidad de la mediación, como proceso eficaz para la solución de controversias, se vincule directamente al respeto que los mediadores van a conquistar a través de un trabajo de alta calidad técnica, basado en los más rígidos principios éticos<sup>25</sup>.

Los mediadores deben poseer cualidades que les capaciten para administrar un proceso de mediación familiar. La formación básica del mediador es diversa<sup>26</sup>, pues puede provenir de diferentes áreas aunque en general suelen ser las relacionadas con las ciencias humanas. Las diversas Leyes autonómicas regulan estos requisitos de forma diversa, exigiendo en unos casos, una determinada formación universitaria en Derecho, Psicología, Trabajo Social, Educación u otras, complementándola con la necesidad de una formación de Postgrado específica en mediación familiar<sup>27</sup>.

- 
- 1) La paciencia de Job.
  - 2) La sinceridad y las características de un *bulldog* inglés.
  - 3) La presencia de espíritu de un irlandés.
  - 4) La resistencia física de un maratonista.
  - 5) La habilidad de un *halfback* (jugador de fútbol americano) para esquivar y avanzar en el campo.
  - 6) La astucia de Maquiavelo.
  - 7) La habilidad de un buen psiquiatra para sondear la personalidad.
  - 8) La característica de saber mantener confidencias con un mudo.
  - 9) La piel de un rinoceronte.
  - 10) La sabiduría de Salomón.
  - 11) Demostrada integridad e imparcialidad.
  - 12) Conocimiento básico y creencia en el proceso de negociación.
  - 13) Firme creencia en la voluntad.
  - 14) Creencia en los valores humanos y en su potencial, armonizado con la habilidad, para evaluar las fuerzas y las flaquezas de las personas.
  - 15) Tanta docilidad como vigor.
  - 16) Olfato desarrollado para analizar lo que es disponible contrastando con lo que pueda ser deseable según la capacidad de conducirse el ego personal, caracterizado por la humildad (BOLZAN DE MORAIS, José Luiz, *Mediação e arbitragem. Alternativas À Jurisdição*, 1999, p.154-155).
- <sup>25</sup> Vid. Nuestro trabajo "Una propuesta de código ético de los mediadores", <http://www.uv.es/CEFD/15/belloso>; vid. También, HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, Liborio, "Aspectos éticos de los medios alternativos de solución de controversias (MASC): Ética y deontología de la mediación", en I. Heredia Cervantes edtr., *AFDUAM 11*, Medios alternativos de solución de controversias, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid-BOE, 2008, pp.27-48.
- <sup>26</sup> Ante la falta de unas directrices generales de ámbito nacional, puede ocurrir –como es el caso de España– que cada Comunidad Autónoma regule independientemente la mediación familiar, haciendo que la normativa resultante presente una clara impronta profesional determinada en función del colectivo que haya impulsado el proyecto (abogados, psicólogos, etc.). El Foro Europeo de Estándares de Formación en Mediación Familiar, compuesto por más de 60 asociaciones de ocho países europeos, incluida España, ha establecido como estándar mínimo de formación en mediación familiar el de 180 horas de formación teórica y práctica, en los que se incluyen nociones jurídicas (sobre todo Derecho de Familia), conocimientos fiscales básicos (elaboración de presupuestos), técnicas de entrevista (comunicación verbal y no verbal), empatía (capacidad emotiva y afectiva), psicología básica (aspectos de la personalidad), y creatividad (imaginación para sugerir ideas y dirección de la comunicación).
- <sup>27</sup> El artículo 8, de la Ley de Mediación Familiar de Castilla y León, preceptúa que podrán ejercer la mediación familiar las personas que cumplan los siguientes requisitos:
- a) Tener la condición de titulado universitario en Derecho, Psicología, Psicopedagogía, Sociología, Pedagogía, Trabajo Social, Educación Social, y en cualquier otra Licenciatura o Diplomatura de carácter social, educativo, psicológico, jurídico o sanitario.

Además, es necesario que el mediador domine nociones básicas de esos diferentes campos de conocimiento para que pueda comprender las muchas situaciones que se presentan en el conflicto, es decir, todo lo que esté en juego, tanto desde el punto de vista jurídico, psicológico y social como desde el punto de vista religioso, emocional, cultural y otros. Teniendo estas nociones, el mediador deberá saber reconocer sus propios límites, buscando profesionales especializados para hacer un trabajo interdisciplinar si fuera el caso -buscar la ayuda del equipo de mediadores, como permite la Ley de Castilla y León- o remitir a las partes a otros especialistas –por ejemplo, cuando sea necesaria la terapia-, e incluso interrumpir el proceso de mediación si se considerara necesario. El mediador debe ser esa tercera persona que coordina el proceso de mediación, quien dicta las reglas del juego a la hora de realizar la mediación.

Una de las preocupaciones es precisamente la de dotar de independencia y autonomía a esta profesión pues no son pocos los abogados, por ejemplo, que consideran que “desde hace años ya vienen realizando mediaciones”<sup>28</sup>.

- 
- b) Estar en posesión de las licencias o autorizaciones pertinentes para el ejercicio de la actividad profesional.
  - c) Acreditar la formación en mediación familiar en los términos y condiciones que se establezcan reglamentariamente, por un mínimo de trescientas horas impartidas, organizadas o tuteladas por Instituciones Universitarias o Colegios Profesionales.
  - d) Estar inscrito en el Registro de Mediadores Familiares de la Comunidad de Castilla y León.

<sup>28</sup> Los principios o características de la mediación son la voluntariedad, la imparcialidad-neutralidad, la confidencialidad, el carácter personalísimo, la autocomposición –protagonismo de las partes- y el principio de buena fe. No podemos detenernos en el análisis de los principios de la mediación pero tampoco podemos dejar de apuntarlos mediante una breve referencia:

1) *Carácter personalísimo*. Este principio supone que la asistencia a la mediación no puede delegarse, ha de llevarse a cabo por el profesional y es necesario que las partes asistan personalmente a las reuniones de mediación, sin que puedan valerse de representantes o intermediarios;

2) *Flexibilidad y antiformalismo*. Hablamos de un proceso circular no preclusivo. El proceso judicial está sometido a plazos, prescripciones y caducidades que responden a un principio constitutivo del proceso cual es el de la seguridad jurídica. No se puede estar eternamente debatiendo los conflictos. Además ha de ajustarse la *litis* a un proceso formal y rogativo, pero preclusivo. Pasado el momento procesal oportuno, no se puede volver a debatir la cuestión sometida a decisión de tercero. No se pueden aportar nuevos juicios de valor, argumentos o pruebas, una vez haya pasado el plazo procesal. Frente a ello, aún sometido a un procedimiento en cuanto al inicio, finalización, carencias temporales, levantamiento de ciertas actas y formalización de acuerdos, lo cierto es que en cuanto al contenido de los debates y presentación de argumentaciones la mediación es circular, ya que se pueden volver a tratar los asuntos cuantas veces sean precisas. Ésto no quita para que la mediación sea un proceso altamente estructurado, aunque no es un proceso ordenado de una manera normativa;

3) *Principio de voluntariedad*. Es uno de los principios que históricamente ha sido más debatido, en el sentido de que hay sistemas legales que establecen la mediación como obligatoria y previa al proceso judicial, como requisito de procedibilidad, y otros sin embargo no. En general, en Europa en la actualidad existe un acuerdo bastante generalizado de que la mediación preceptiva no es recomendable.

4) *Principio de neutralidad*. La neutralidad requiere que la persona mediadora no oriente ni imponga a las partes su propia escala axiológica frente a la propia de cada parte, evitando plantear alternativas dirigidas a alcanzar soluciones que sean más conformes a la propia escala de valores del mediador. No debe confundirse neutralidad con ausencia de valores por parte de la persona mediadora, ni con su pasividad. Hay

#### **4. La Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles**

Uno de los objetivos básicos de la política de la Unión Europea es mejorar el acceso de los ciudadanos a la justicia. Desde hace años, los órganos comunitarios vienen manifestando su empeño en establecer un espacio de libertad, seguridad y justicia en el que particulares y empresas no se vean impedidos ni disuadidos de ejercitar sus derechos por la incompatibilidad o complejidad de los sistemas legislativos y administrativos en los Estados miembros. Cada paso dado por las instituciones europeas en el cumplimiento de ese objetivo se ha traducido en una transformación, de mayor o menor entidad, de los ordenamientos procesales de los Estados miembros.

Entre los antecedentes reguladores de la mediación en el ámbito europeo se puede citar la Recomendación de 21 de enero de 1998, del Comité de Ministros del Consejo de Europa –a la que ya nos hemos referido anteriormente-, el Libro Verde sobre modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito civil y mercantil, presentada el 19 de abril de 2002 por la Comisión de las Comunidades Europeas a solicitud del

---

que tener en cuenta que la neutralidad de la persona mediadora, considerada más bien como un “mito”, es puesta en tela de juicio por algunos autores. Parten de la idea de que cuando la persona mediadora intenta manejar los conflictos, también se introduce en ellos. La persona mediadora se convierte en parte involucrada, aunque con sus propias perspectivas y desde su propia posición singular como convocante, intérprete y supervisora. En síntesis, las personas mediadoras desempeñan inevitablemente un papel influyente en el despliegue del conflicto durante la intervención.

5) *Principio de imparcialidad.* Podemos definir la imparcialidad, dentro del ámbito de la mediación familiar, como la cualidad de no tomar partido por alguien, siendo objetivo en el tratamiento de la cuestión, descubriendo los intereses y necesidades de todos los intervinientes y respondiendo de forma objetiva a cualquier planteamiento expuesto o interés expreso o implícito.

6) *Principio de confidencialidad.* La persona mediadora no debe revelar ninguna información que haya obtenido durante el procedimiento o con ocasión del mismo, a menos que tenga el consentimiento expreso de ambas partes o que así lo requiera la legislación de cada país. Se establece la idea de que la persona mediadora no puede estar obligada a redactar informes en los que se refleje el contenido de las discusiones llevadas a cabo durante el procedimiento. Sin embargo hay excepciones a ese principio: a) Si no es personalizada y se utiliza para fines de formación o investigación; b) Si comporta una amenaza para la vida o la integridad física o psíquica de una persona; c) Cuando se obtenga información sobre hechos delictivos perseguibles de oficio.

7) *Principio de profesionalización.* Para que la mediación familiar tenga éxito, se requiere que quienes la lleven a cabo tengan la formación adecuada. En este sentido se suele hablar del principio de la profesionalización, aunque no es homogéneo el criterio de cómo debe llevarse a cabo. La Recomendación nº R (98) 1 considera que aquellas personas que se dediquen a la mediación familiar deben tener una cualificación profesional y una experiencia previa en relación con las materias con las que van a tratar, y además, haber recibido una formación específica (*Vid.* SASTRE PELÁEZ, Antonio José, “Principios generales y definición de la mediación familiar: su reflejo en la legislación autonómica”. En: *La Ley*, nº 5478, 8-2-2002)

Consejo (COM 2002) y, finalmente, el Proyecto de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, presentada por la Comisión Europea el 22 de octubre de 2004 (COM (2004) 718 final).

La Propuesta de Directiva iniciaba con una exposición de Motivos que dejaba claro el objetivo y ámbitos de la Propuesta.

Pues bien, recientemente ha sido culminado este último proyecto, al haberse aprobado la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles (ha sido publicada en el DOUE del 24 de mayo de 2008)<sup>29</sup>. Los Estados miembros pondrán en

---

<sup>29</sup> De conformidad con el artículo 251 del Tratado de la Unión Europea, el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea han considerado lo siguiente:

(1) La Comunidad se ha fijado el objetivo de mantener y desarrollar un espacio de libertad, seguridad y justicia donde esté garantizada la libre circulación de personas. Con este fin, la Comunidad debe adoptar, entre otras cosas, las medidas de cooperación judicial en materia civil que sean necesarias para el correcto funcionamiento del mercado interior.

(2) El principio de acceso a la justicia es fundamental y, con vistas a facilitar y mejorar el acceso a la justicia, el Consejo Europeo, en su reunión de Tampere de 15 y 16 de octubre de 1999, instó a los Estados miembros a que instauraran procedimientos alternativos de carácter extrajudicial.

(3) En mayo de 2000, el Consejo adoptó unas Conclusiones sobre modalidades alternativas de solución de conflictos en asuntos civiles y mercantiles, en las que indicó que la definición de principios fundamentales en ese ámbito constituye un paso fundamental para permitir el desarrollo y funcionamiento adecuados de los procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos en asuntos civiles y mercantiles, de manera que se simplifique y mejore el acceso a la justicia.

(4) En abril de 2002, la Comisión presentó un Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil en el que hacía balance de la situación imperante en lo que respecta a métodos de solución en la Unión Europea y con el que inició una amplia consulta con los Estados miembros y las partes interesadas sobre posibles medidas para promover el uso de la mediación.

(5) El objetivo de asegurar un mejor acceso a la justicia, como parte de la política de la Unión Europea encaminada a establecer un espacio de libertad, seguridad y justicia, debe abarcar el acceso a métodos tanto judiciales como extrajudiciales de resolución de litigios. La presente Directiva debe contribuir al correcto funcionamiento del mercado interior, en particular en lo referente a la disponibilidad de servicios de mediación.

(6) La mediación puede dar una solución extrajudicial económica y rápida a conflictos en asuntos civiles y mercantiles, mediante procedimientos adaptados a las necesidades de las partes. Es más probable que los acuerdos resultantes de la mediación se cumplan voluntariamente y también que preserven una relación amistosa y viable entre las partes. Estos beneficios son aún más perceptibles en situaciones que presentan elementos transfronterizos.

(7) Para promover el uso más frecuente de la mediación y garantizar que las partes que recurran a ella puedan contar con marco jurídico predecible, es necesario establecer una legislación marco que aborde, en particular, los aspectos fundamentales del procedimiento civil.

(8) Las disposiciones de la presente Directiva solo se refieren a los procedimientos de mediación en litigios transfronterizos, pero nada debe impedir que los Estados miembros apliquen dichas disposiciones también a procedimientos de mediación de carácter nacional.

(9) La presente Directiva no debe impedir en modo alguno la utilización de las nuevas tecnologías de comunicaciones en los procedimientos de mediación. (24.5.2008 ES Diario Oficial de la Unión Europea L 136/3).

(10) La presente Directiva debe aplicarse a los procedimientos en los que dos o más partes en un conflicto transfronterizo intenten voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo amistoso sobre la resolución de su litigio con la ayuda de un mediador. Debe aplicarse a asuntos civiles y mercantiles. No obstante no debe

vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar

---

aplicarse a los derechos y obligaciones que las partes no sean libres de decidir por sí mismas en virtud de la legislación aplicable pertinente. Estos derechos y obligaciones son especialmente frecuentes en los ámbitos del Derecho de familia y del Derecho laboral.

(11) La presente Directiva no debe aplicarse a las negociaciones precontractuales ni a los procedimientos de carácter cuasi jurisdiccional como determinados mecanismos de conciliación judicial, los sistemas aplicables a las reclamaciones de consumo, el arbitraje, y la determinación por experto, y tampoco a los procesos administrados por personas u órganos que formulan recomendaciones formales, ya sean jurídicamente vinculantes o no, sobre la solución del conflicto.

(12) La presente Directiva debe ser aplicable a los casos en que un órgano jurisdiccional remite a las partes a la mediación o en que la legislación nacional prescribe la mediación. Debe asimismo ser aplicable, en la medida en que el Derecho nacional permita a un juez actuar como mediador, a la mediación llevada a cabo por un juez que no sea responsable de ningún proceso judicial relacionado con la cuestión o cuestiones objeto del litigio. No obstante, deben quedar excluidas del ámbito de aplicación de la presente Directiva las gestiones que el órgano jurisdiccional o juez competente para conocer del conflicto realice en el contexto de un proceso judicial relativo a dicho conflicto, así como los casos en los que el órgano jurisdiccional o el juez solicitan ayuda o asesoramiento de una persona competente.

(13) La mediación a que se refiere la presente Directiva debe ser un procedimiento voluntario, en el sentido de que las partes se responsabilizan de él y pueden organizarlo como lo deseen y darlo por terminado en cualquier momento. No obstante, el Derecho nacional debe dar a los órganos jurisdiccionales la posibilidad de establecer límites temporales al procedimiento de mediación; por otra parte, también deben poder señalar a las partes la posibilidad de la mediación, cuando resulte oportuno.

(14) Nada de lo dispuesto en la presente Directiva debe afectar a la legislación nacional que haga obligatorio el uso de la mediación o que la someta a incentivos o sanciones, siempre que tal legislación no impida a las partes el ejercicio de su derecho de acceso al sistema judicial. Tampoco afectará nada de lo dispuesto en la presente Directiva a los sistemas de mediación autorreguladores vigentes, en la medida en que se ocupen de aspectos que no estén cubiertos por la presente Directiva.

(15) Para ofrecer seguridad jurídica, la presente Directiva debe indicar la fecha que ha de tenerse en cuenta para determinar si un litigio que las partes intentan resolver por mediación reviste o no carácter transfronterizo. A falta de acuerdo escrito, debe considerarse que las partes convienen en recurrir a la mediación en la fecha en que toman medidas concretas para iniciar el procedimiento de mediación.

(16) Para asegurar la necesaria confianza mutua en lo que respecta a la confidencialidad, el efecto sobre los plazos de caducidad y prescripción, y el reconocimiento y ejecución de los acuerdos resultantes de la mediación, los Estados miembros deben promover, por los medios que consideren adecuados, la formación de mediadores y el establecimiento de mecanismos eficaces de control de calidad relativos a la prestación de servicios de mediación.

(17) Los Estados miembros deben definir mecanismos de este tipo, que pueden incluir el recurso a soluciones disponibles en el mercado, pero no deben quedar obligados a aportar financiación para ello. Los mencionados mecanismos deben aspirar a preservar la flexibilidad del procedimiento de mediación y la autonomía de las partes, y a garantizar que la mediación se lleve a cabo de una forma eficaz, imparcial y competente. Es importante que se informe a los mediadores de la existencia del Código de conducta europeo para los mediadores, al que también debe poder acceder el público en general a través de Internet.

(18) En el ámbito de la protección del consumidor, la Comisión adoptó una Recomendación (1) que establece los criterios mínimos de calidad que los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo deben ofrecer a sus usuarios. Se debe alentar a todos los mediadores u organizaciones que entran en el ámbito de aplicación de dicha Recomendación a que respeten sus principios. Para facilitar la difusión de la información relativa a tales órganos, la Comisión debe crear una base de datos de los sistemas extrajudiciales que, a juicio de los Estados miembros, respetan los principios de la Recomendación.

(19) La mediación no debe considerarse como una alternativa peor que el proceso judicial por el hecho de que el cumplimiento del acuerdo resultante de la mediación dependa de la buena voluntad de las partes. Por tanto, los Estados miembros deben asegurar que las partes en un acuerdo escrito resultante de la mediación puedan hacer que su contenido tenga fuerza ejecutiva. Los Estados miembros solamente deben poder negarse a que un acuerdo tenga fuerza ejecutiva cuando su contenido sea contrario a su legislación, incluido su Derecho internacional privado, o cuando esta no disponga la fuerza ejecutiva del contenido del acuerdo específico. Así podría ocurrir cuando la obligación especificada en el acuerdo no tuviese fuerza ejecutiva por su propia índole.

cumplimiento a la Directiva antes del 21 de mayo de 2011, con excepción del artículo 10, al que deberá darse cumplimiento el 21 de noviembre de 2010.

La Directiva hace hincapié sobre las vías no jurisdiccionales de solución de conflictos jurídicos que tan buenos resultados esta dando en la Jurisdicción Laboral y que debe ser una vía mucho más utilizada para descongestionar a los Juzgados y Tribunales.

El objetivo de la Directiva sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles es facilitar el acceso a modalidades alternativas de solución de conflictos y fomentar la resolución amistosa de litigios promoviendo el uso de la mediación y asegurando una relación equilibrada entre la mediación y el proceso judicial. Esta Directiva se aplicará, en los litigios transfronterizos, en los asuntos civiles y mercantiles, con la salvedad de aquellos derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación pertinente. Sin embargo, no se aplicará, en particular, a los asuntos fiscales, aduaneros o administrativos ni a la responsabilidad del Estado por actos u omisiones en el ejercicio de su autoridad soberana.

La importancia de la Directiva es capital en el avance de esta institución, pues supone un nuevo punto de partida para que las legislaciones de los Estados miembros inicien el desarrollo legislativo de esta figura (a excepción de Dinamarca, quien no ha participado en la adopción de la misma y, por tanto, no está vinculada por la misma ni sujeta a su aplicación), pues su incorporación al ordenamiento de cada Estado deberá realizarse antes del día 21 de mayo de 2011, a excepción de la obligación de cada Estado de hacer accesible públicamente y comunicar a la Comisión los órganos jurisdiccionales u otras autoridades competentes para recibir una solicitud de mediación, que deberá hacerse antes del 21 de noviembre de 2010.

Los Estados miembros fomentarán, de la forma que consideren conveniente, la elaboración de códigos de conducta voluntarios y la adhesión de los mediadores y las organizaciones que presten servicios de mediación a dichos códigos, así como otros mecanismos efectivos de control de calidad referentes a la prestación de servicios de mediación.

Por otra parte, los Estados miembros garantizarán que el hecho de que las partes que opten por la mediación con ánimo de solucionar un litigio no les impida

posteriormente iniciar un proceso judicial o un arbitraje en relación con dicho litigio por haber vencido los plazos de caducidad o prescripción durante el procedimiento de mediación<sup>30</sup>.

<sup>30</sup> **L 136/4 ES Diario Oficial de la Unión Europea 24.5.2008**

(1) Recomendación 2001/310/CE de la Comisión, de 4 de abril de 2001, relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo (DO L 109 de 19.4.2001, p. 56).

20) El contenido de los acuerdos resultantes de la mediación que hayan adquirido carácter ejecutivo en un Estado miembro debe ser reconocido y declarado ejecutivo en los demás Estados miembros, de conformidad con la legislación comunitaria o nacional aplicable, por ejemplo sobre la base del Reglamento (CE) no 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (1), o del Reglamento (CE) no 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (2).

(21) El Reglamento (CE) no 2201/2003 dispone expresamente que los acuerdos entre las partes deben tener fuerza ejecutiva en el Estado miembro en el que se han celebrado para poder ser ejecutivos en otro Estado miembro. Por consiguiente, si el contenido de un acuerdo resultante de la mediación en el ámbito del Derecho de familia no tiene fuerza ejecutiva en el Estado miembro en el que ha sido celebrado o en el que se solicita que se le dé carácter ejecutivo, la presente Directiva no debe alentar a las partes a eludir la legislación del Estado miembro en cuestión mediante gestiones encaminadas a dotarlo de fuerza ejecutiva en otro Estado miembro.

(22) La presente Directiva no afectará a las normas de los Estados miembros aplicables a la ejecución de acuerdos que sean resultado de una mediación.

(23) Dada la importancia de la confidencialidad en el procedimiento de mediación, es necesario que la presente Directiva contenga disposiciones que estipulen un grado mínimo de compatibilidad de las normas procesales civiles en lo que se refiere al modo en que se protege la confidencialidad de la mediación en todo proceso judicial o de arbitraje ulterior, ya sea de carácter civil o mercantil.

(24) Con el fin de alentar a las partes a hacer uso de la mediación, los Estados miembros deben garantizar que sus normas sobre plazos de caducidad y prescripción no impidan a las partes recurrir a los tribunales o al arbitraje en caso de que fracase su intento de mediación. Los Estados miembros deben asegurarse de que se obtenga este resultado, aun cuando la presente Directiva no armonice las normas nacionales sobre prescripción y caducidad. Las disposiciones sobre los plazos de caducidad y prescripción de los acuerdos internacionales, tal como se aplican en los Estados miembros, por ejemplo en el ámbito de la legislación sobre transportes, no deben verse afectadas por la presente Directiva.

(25) Los Estados miembros deben alentar a que se informe al público en general de la forma de entablar contacto con mediadores y organizaciones que presten servicios de mediación. También deben alentar a los profesionales del Derecho a informar a sus clientes de las posibilidades que ofrece la mediación.

(26) De conformidad con el punto 34 del Acuerdo interinstitucional «Legislar mejor» (3), se alienta a los Estados miembros a establecer, en su propio interés y en el de la Comunidad, sus propios cuadros, que muestren, en la medida de lo posible, la concordancia entre las directivas y las medidas de transposición, y a hacerlos públicos.

(27) La presente Directiva trata de promover los derechos fundamentales y tiene en cuenta los principios reconocidos, en particular, por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

(28) Dado que los objetivos de la presente Directiva no pueden ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros y, por consiguiente, debido a la dimensión

o a los efectos de la acción, pueden lograrse mejor a nivel comunitario, la Comunidad está facultada para adoptar medidas de acuerdo con el principio de subsidiariedad consagrado en el artículo 5 del Tratado. De conformidad con el principio de proporcionalidad, enunciado en dicho artículo, la presente Directiva no excede de lo necesario para alcanzar dichos objetivos.

(29) De conformidad con el artículo 3 del Protocolo sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda, anejo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, el Reino Unido e Irlanda han comunicado su voluntad de participar en la adopción y aplicación de la presente Directiva.

(30) De conformidad con los artículos 1 y 2 del Protocolo sobre la posición de Dinamarca, anejo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, Dinamarca no participa en la adopción de la presente Directiva y, por tanto, no está vinculada por la misma ni sujeta a su aplicación.

Seguidamente, expondremos algunas de las cuestiones que plantea la Directiva reativas a su finalidad, ámbito, concepto, quién puede ejercerla y la eficacia ejecutiva de los acuerdos alcanzados.

#### **4.1. Finalidad**

La finalidad que se persigue es la de facilitar el acceso a modalidades alternativas de solución de conflictos y fomentar su resolución amistosa promoviendo el uso de la mediación y asegurando una relación equilibrada entre la mediación y el proceso judicial. Por esta razón se dispone que los Estados miembros garantizarán que optar por la mediación con ánimo de solucionar un litigio no les impedirá posteriormente acudir a los tribunales o arbitraje para el caso de que fracasara la misma; por tanto, se está reconociendo implícitamente que acudir a ella supone una suspensión de los plazos de caducidad y prescripción de acciones. Esta es una medida más para disuadir a los sujetos en conflicto de que no perderán los derechos y acciones que la ley les otorga por tratar de llegar a un acuerdo que ponga fin al conflicto, con la ayuda de un tercero imparcial (llamado mediador) que no tiene facultades de decisión.

#### **4.2. Ámbito de aplicación**

La Directiva se circunscribe a los litigios transfronterizos en asuntos civiles y mercantiles, salvo para aquellas materias que no sean de libre disposición para las partes (no se aplicará a asuntos fiscales, administrativos o de responsabilidad del Estado por actos u omisiones en el ejercicio de su autoridad soberana), aclarándose qué se entiende por litigios transfronterizos, básicamente señalando que serán aquellos en los que al menos una de las partes esté domiciliada o resida habitualmente en un estado miembro distinto del estado miembro de cualquiera de las otras partes en unas determinadas fechas<sup>31</sup>.

---

24.5.2008 ES Diario Oficial de la Unión Europea L 136/5

<sup>31</sup> **Artículo 1**

### 4.3 Qué ha de entenderse por “mediación”

Se trata de un procedimiento estructurado, independientemente del nombre o denominación que se le dé, en el que dos o más partes en litigio intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la ayuda de un mediador, destacando –y esto es lo más importante- que este procedimiento puede ser iniciado por las partes, sugerido u ordenado por un órgano jurisdiccional o prescrito por el Derecho de un Estado miembro.

Hay que destacar que también se incluye en este concepto la mediación ejercida por un juez que no sea responsable de ningún procedimiento judicial vinculado a dicho litigio, con lo cual parece parece reconocerse la posibilidad de que los jueces también puedan ejercer como mediadores cuando no tengan relación alguna con las partes o el conflicto, a salvo, por supuesto, su régimen de incompatibilidades, aunque no lo diga la Directiva.

Por todo lo anterior, no esaría de más que en el proceso de incorporación al ordenamiento jurídico español –lo que probablemente se hará a través de una Disposición adicional- se modificaran algunos preceptos que “sugirieran” a las partes la asistencia a una sesión informativa de mediación, o a una o varias sesiones, con carácter previo a la

---

#### **Finalidad y ámbito de aplicación**

1 El objetivo de la presente Directiva es facilitar el acceso a modalidades alternativas de solución de conflictos y fomentar la resolución amistosa de litigios promoviendo el uso de la mediación y asegurando una relación equilibrada entre la mediación y el proceso judicial.

2 La presente Directiva se aplicará, en los litigios transfronterizos, en los asuntos civiles y mercantiles, con la salvedad de aquellos derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación pertinente. No se aplicará, en particular, a los asuntos fiscales, aduaneros o administrativos ni a la responsabilidad del Estado por actos u omisiones en el ejercicio de su autoridad soberana (*acta iure imperii*).

3 En la presente Directiva, se entenderá por «Estado miembro » cualquier Estado miembro, con excepción de Dinamarca.

#### **Artículo 2**

##### **Litigios transfronterizos**

1. A efectos de la presente Directiva, se entenderá por litigio transfronterizo aquel en que al menos una de las partes está domiciliada o reside habitualmente en un Estado miembro distinto del Estado miembro de cualquiera de las otras partes en la fecha en que:a) las partes acuerden hacer uso de la mediación una vez surgido el litigio, ob) un tribunal dicte la mediación,c) sea obligatorio recurrir a la mediación a tenor de la legislación nacional, od) a efectos del artículo 5, se remita una invitación a las partes.

2 No obstante lo dispuesto en el apartado 1, a efectos de los artículos 7 y 8 de la presente Directiva, también se entenderá por litigio transfronterizo aquel en el que se inicie un procedimiento judicial o un arbitraje tras la mediación entre las partes en un Estado miembro distinto de aquel en que las partes estén domiciliadas o residan habitualmente en la fecha que contempla el apartado 1, letras a), b) o c).

3 A efectos de los apartados 1 y 2, el domicilio se determinará de conformidad con los artículos 59 y 60 del Reglamento (CE) no 44/2001.

presentación de cualquier reclamación, algo que no es desconocido del todo en el Derecho español, ya que así se viene haciendo de forma semejante, en los actos de “conciliación” de la jurisdicción laboral.

Por otra parte, la Directiva define al “mediador” como todo tercero a quien se pide que lleve a cabo una mediación de forma eficaz, imparcial y competente, independientemente de su denominación o profesión y del modo en como haya sido designado o se le haya solicitado que lleve a cabo la mediación<sup>32</sup>.

Con relación al mediador, conviene destacar que se habla de la “calidad de la mediación”, a través del fomento de códigos de conducta y de la formación inicial y continua de los mediadores. Sin embargo, en la Directiva no se establece qué cualificación específica han de tener, a pesar de que ésta es una cuestión de capital importancia, dado que se trata de materias civiles y mercantiles, técnicas, por lo que parece lógico entender que para ser mediador en estas materias se han de acreditar los conocimientos de Derecho Civil y Mercantil, bien sea por titulación académica o por pruebas de capacitación. Y esto no debe entenderse como una restricción al acceso a la condición de mediador, sino todo lo contrario, como una auténtica garantía de que los sujetos que acuden a esta institución lo hacen confiando en el buen hacer de un tercero con conocimientos técnicos suficientes en la materia, para que la mediación sea “eficaz” y “competente”, como señala la Directiva, y para evitar que el acuerdo al que se llegue no tenga cabida en el ordenamiento jurídico. Recordemos que en la mayoría de las legislaciones se han exigido

---

<sup>32</sup> **Artículo 3**

**Definiciones**

A efectos de la presente Directiva, se entenderá por:

a) «mediación»: un procedimiento estructurado, sea cual sea su nombre o denominación, en el que dos o más partes en un litigio intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de su litigio con la ayuda de un mediador. Este procedimiento puede ser iniciado por las partes, sugerido u ordenado por un órgano jurisdiccional o prescrito por el Derecho de un Estado miembro. Incluye la mediación llevada a cabo por un juez que no sea responsable de ningún procedimiento judicial vinculado a dicho litigio. No incluye las gestiones para resolver el litigio que el órgano jurisdiccional o el juez competentes para conocer de él realicen en el curso del proceso judicial referente a ese litigio;

b) «mediador»: todo tercero a quien se pida que lleve a cabo una mediación de forma eficaz, imparcial y competente, independientemente de su denominación o profesión en el Estado miembro en cuestión y del modo en que haya sido designado o se le haya solicitado que lleve a cabo la mediación.

**Artículo 4**

**Calidad de la mediación**

1 Los Estados miembros fomentarán, de la forma que consideren conveniente, la elaboración de códigos de conducta voluntarios y la adhesión de los mediadores y las organizaciones que presten servicios de mediación a dichos códigos, así como otros mecanismos efectivos de control de calidad referentes a la prestación de servicios de mediación.

2 Los Estados miembros fomentarán la formación inicial y continua de mediadores para garantizar que la mediación se lleve a cabo de forma eficaz, imparcial y competente en relación con las partes.

requisitos mínimos para ejercer como mediador, tales como estar en posesión de una titulación universitaria determinada y una formación específica teórico-práctica en mediación –en el caso de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, ya hemos aludido a los requisitos que exige la normativa para ser mediador-, exigencia que no debe extrañar, ya que el mediador debe conocer y aplicar una serie de técnicas, entre ellas la negociación, y tener conocimientos tanto jurídicos como psicológicos para poder manejar el conflicto y vigilar que no se vulnere derecho alguno.

#### **4.4. Relación entre mediación y proceso judicial**

Una de las cuestiones centrales del régimen jurídico de la mediación, que se regula en la directiva a la que estamos haciendo referencia, es la regulación de las relaciones entre la mediación y el proceso judicial. En este sentido –y como acertadamente ha subrayado B. Andrés Ciurana<sup>33</sup>- conviene tomar en consideración tres cuestiones: a) El carácter facultativo u obligatorio de la mediación previa al proceso; b) La inadmisibilidad en el proceso de las pruebas que tengan su origen en la mediación y c) La incidencia que el recurso a la mediación ha de tener respecto de los plazos de caducidad y prescripción.

##### **a) Recurso a la mediación:**

La mediación se suele presentar como un mecanismo voluntario de gestión y resolución de conflictos. La voluntariedad, como característica de la mediación, se traduce en que son las partes las que deciden tanto: a) acudir a la mediación y mantenerse una vez iniciada como; b) el modo en que va a concluir. Sin embargo, y siendo rigurosos, conviene precisar que la voluntariedad de la mediación es una característica que está referida sólo al segundo aspecto, es decir, a su resultado. En cuanto al inicio de la mediación, el que las partes sean libres o no de acudir a ella depende, en último término, del modo en como se regula esta institución en cada ordenamiento. Nada impide, por tanto, que la mediación sea preceptiva y se regule como un presupuesto o requisito previo a la vía jurisdiccional. Por consiguiente, la mediación puede ser facultativa u obligatoria para las partes. La Directiva contempla ambas modalidades, sin afectar a la legislación

---

<sup>33</sup> ANDRÉS CIURANA, Baldomero, *op.cit.*, p.66.

nacional que prevea el uso obligatorio de la mediación, ya sea antes o después de la incoación del proceso judicial, siempre que tal legislación no impida el derecho de acceso al sistema judicial.

*“El órgano jurisdiccional que conozca de un asunto, cuando proceda y teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, podrá proponer a las partes que recurran a la mediación para solucionar el litigio. Asimismo el órgano jurisdiccional podrá pedir a las partes que asistan a una sesión informativa sobre el uso de la mediación, si se celebran tales sesiones y si son fácilmente accesibles (L 136/6 ES Diario Oficial de la Unión Europea 24.5.2008)<sup>34</sup>.*

b) La admisibilidad en el proceso de las pruebas que tengan su origen en la mediación:

Esta es una importante cuestión porque deja al descubierto la relación entre mediación y proceso judicial. La cuestión se plantea cuando las partes han intentado sin éxito la mediación y se inicia posteriormente el proceso judicial o continúa el que quedó en suspenso por haber acudido las partes a la mediación. Es importante que se evite que las conversaciones que tuvieron lugar en el desarrollo del fallido proceso de mediación se puedan utilizar en el proceso como armas arrojadas entre las partes en conflicto. Debe preservarse la imparcialidad del juez, que ha de formar su juicio sobre la base de lo alegado y probado en el proceso sin referencia alguna a lo que extraprocesalmente cada parte pudo admitir o no cuando se estaba llevando a cabo el procedimiento negociador. La clave reside en el deber de confidencialidad tanto para las partes como para el mediador que intervinieron en la mediación.

El número (23) L 136/4, del Diario Oficial de la Unión Europea (24.05.2008) que precede al texto del articulado de la Directiva, lo contempla:

---

<sup>34</sup> La presente Directiva no afectará a la legislación nacional que estipule la obligatoriedad de la mediación o que la someta a incentivos o sanciones, ya sea antes o después de la incoación del proceso judicial, siempre que tal legislación no impida a las partes el ejercicio de su derecho de acceso al sistema judicial.

*“Dada la importancia de la confidencialidad en el procedimiento de mediación, es necesario que la presente Directiva contenga disposiciones que estipulen un grado mínimo de compatibilidad de las normas procesales civiles en lo que se refiere al modo en que se protege la confidencialidad de la mediación en todo proceso judicial o de arbitraje ulterior, ya sea de carácter civil o mercantil”.*

Por ello, una de las características propias del procedimiento de mediación es la confidencialidad. Es decir, los Estados miembros garantizarán, salvo acuerdo contrario de las partes, que ni los mediadores ni las personas que participan en la administración del procedimiento de mediación estén obligados a declarar, en un proceso judicial civil o mercantil o en un arbitraje, sobre la información derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con dicho proceso.

Las excepciones a la regla general prohibitiva están justificadas y son lógicas: a) cuando sea necesario por razones imperiosas de orden público en el Estado miembro de que se trate, en particular cuando así lo requiera la protección del interés superior del menor o la prevención de daños a la integridad física o psicológica de una persona, o b) cuando el conocimiento del contenido del acuerdo resultante de la mediación sea necesaria para aplicar o ejecutar dicho acuerdo<sup>35</sup>.

c) Carácter ejecutivo de los acuerdos resultantes de la mediación:

La importancia de la mediación como mecanismo de resolución de conflictos en

---

<sup>35</sup> Algunos autores sostienen que sería conveniente que el acuerdo de mediación se documentara en escritura pública ante Notario.

#### **Artículo 7**

##### **Confidencialidad de la mediación**

1. Dado que la mediación debe efectuarse de manera que se preserve la confidencialidad, los Estados miembros garantizarán, salvo acuerdo contrario de las partes, que ni los mediadores ni las personas que participan en la administración del procedimiento de mediación estén obligados a declarar, en un proceso judicial civil o mercantil o en un arbitraje, sobre la información derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con dicho proceso, excepto:

a) cuando sea necesario por razones imperiosas de orden público en el Estado miembro de que se trate, en particular cuando así lo requiera la protección del interés superior del menor o la prevención de daños a la integridad física o psicológica de una persona, o b) cuando el conocimiento del contenido del acuerdo resultante de la mediación sea necesaria para aplicar o ejecutar dicho acuerdo.

2 Lo dispuesto en el apartado 1 no impedirá a los Estados miembros aplicar medidas más estrictas para proteger la confidencialidad de la mediación.

cualquier ordenamiento nacional está en relación directa con la eficacia que este ordenamiento reconozca al acuerdo alcanzado por las partes con la intervención del mediador. La Directiva no desconoce la relación existente entre ejecutabilidad del acuerdo y relevancia de la mediación en los distintos ordenamientos, por lo que regula la ejecución de los acuerdos alcanzados.

Estos acuerdos podrán adquirir tal carácter en virtud de sentencia, resolución o acto auténtico emanado de un órgano jurisdiccional u otra autoridad competente, siempre que no sean contrarios al Derecho del Estado miembro donde se solicite la ejecutoriedad o en él no se contemple su carácter ejecutivo. Es aquí donde reside la verdadera “esencia” de la mediación: cómo conseguir que lo acordado tenga la virtualidad necesaria para, si no se cumple de forma voluntaria, llevarse a efecto “por la fuerza”; y para ello es preciso un adecuado título formal y material<sup>36</sup>.

#### **4.5. La incidencia de la mediación sobre los plazos de prescripción y de caducidad**

Los Estados miembros garantizarán que el hecho de que las partes que opten por la mediación con ánimo de solucionar un litigio no les impida posteriormente iniciar un proceso judicial o un arbitraje en relación con dicho litigio por haber vencido los plazos de caducidad o prescripción durante el procedimiento de mediación. Hay que destacar que en la Directiva se regulan conjuntamente la incidencia de la mediación sobre los plazos de prescripción y de caducidad, cuando, como sabemos, unos y otros tienen un régimen jurídico distinto en el derecho español. Por otra parte se regula la suspensión- y no la interrupción- de los referidos plazos, lo que es coherente con lo que dispone el apartado

---

##### <sup>36</sup> **Artículo 6**

###### **Carácter ejecutivo de los acuerdos resultantes de la mediación**

1 Los Estados miembros garantizarán que las partes, o una de ellas con el consentimiento explícito de las demás, puedan solicitar que se dé carácter ejecutivo al contenido de un acuerdo escrito resultante de una mediación. El contenido de tal acuerdo se hará ejecutivo a menos que, en el caso de que se trate, bien el contenido de ese acuerdo sea contrario al Derecho del Estado miembro donde se formule la solicitud, bien la legislación de ese Estado miembro no contemple su carácter ejecutivo.

2 El contenido del acuerdo podrá adquirir carácter ejecutivo en virtud de sentencia, resolución o acto auténtico emanado de un órgano jurisdiccional u otra autoridad competente, de conformidad con la legislación del Estado miembro en el que se formule la solicitud.

3 Los Estados miembros comunicarán a la Comisión los órganos jurisdiccionales u otras autoridades competentes para recibir una solicitud de conformidad con los apartados 1 y 2.

4 Lo dispuesto en el presente artículo no afectará a las normas aplicables al reconocimiento y a la ejecución en otro Estado miembro de un acuerdo que haya adquirido carácter ejecutivo de conformidad con el apartado 1.

segundo del artículo siete: “Lo dispuesto en el apartado 1 se entenderá sin perjuicio de las disposiciones sobre plazos de caducidad o prescripción incluidas en los acuerdos internacionales en que sean partes los Estados miembros”<sup>37</sup>.

Concluye la Directiva con la explicación sobre la información al público, la información sobre los órganos jurisdiccionales y autoridades competentes y una cláusula de revisión<sup>38</sup>. Por último, se establece el procedimiento para su incorporación al Derecho de los Estados miembros y su entrada en vigor<sup>39</sup>.

En definitiva y resumiendo, podemos apuntar que son cuatro los sistemas de composición de intereses en conflicto entre sujetos:

---

<sup>37</sup> **Artículo 8**

**Efecto de la mediación sobre los plazos de caducidad y prescripción**

1 Los Estados miembros garantizarán que el hecho de que las partes que opten por la mediación con ánimo de solucionar un litigio no les impida posteriormente iniciar un proceso judicial o un arbitraje en relación con dicho litigio por haber vencido los plazos de caducidad o prescripción durante el procedimiento de mediación.

2 Lo dispuesto en el apartado 1 se entenderá sin perjuicio de las disposiciones sobre plazos de caducidad o prescripción incluidas en los acuerdos internacionales en que sean partes los Estados miembros.

<sup>38</sup> **Artículo 9**

**Información al público**

Los Estados miembros fomentarán, por los medios que consideren oportunos, el acceso del público en general, en particular vía Internet, a la información sobre la forma de ponerse en contacto con mediadores y organismos que presten servicios de mediación.

**Artículo 10**

**Información sobre los órganos jurisdiccionales y autoridades competentes**

La Comisión hará accesible públicamente, por los medios que considere oportunos, la información sobre los órganos jurisdiccionales o autoridades competentes que le hayan comunicado los Estados miembros de conformidad con el artículo 6, apartado 3.

**Artículo 11**

**Revisión**

A más tardar el 21 de mayo de 2016, la Comisión presentará al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo un informe sobre la aplicación de la presente Directiva. El informe examinará el desarrollo de la mediación en la Unión Europea y el impacto de la presente Directiva en los Estados miembros. Si es necesario, el informe irá acompañado de propuestas de adaptación de la presente Directiva. 24.5.2008 ES Diario Oficial de la Unión Europea L 136/7

<sup>39</sup> **Artículo 12**

**Incorporación al ordenamiento jurídico de los Estados miembros**

1 Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a la presente Directiva antes del 21 de mayo de 2011, con excepción del artículo 10, al que deberá darse cumplimiento el 21 de noviembre de 2010 a más tardar. Informarán inmediatamente de ello a la Comisión. Cuando los Estados miembros adopten dichas disposiciones, estas harán referencia a la presente Directiva o irán acompañadas de dicha referencia en su publicación oficial. Los Estados miembros establecerán las modalidades de la mencionada referencia.

2 Los Estados miembros comunicarán a la Comisión el texto de las principales disposiciones de Derecho interno que adopten en el ámbito regulado por la presente Directiva.

**Artículo 13**

**Entrada en vigor**

La presente Directiva entrará en vigor a los veinte días de su publicación en el *Diario Oficial de la Unión Europea*. Artículo 14

**Destinatarios**

Los destinatarios de la presente Directiva son los Estados miembros.

- 1) Los propios acuerdos entre los interesados (pacto, convenio o contrato);
- 2) La decisión de un sujeto de acudir a un tercero que ejerce un poder público para que decida sobre la satisfacción de sus pretensiones mediante un procedimiento contradictorio (reclamaciones judiciales);
- 3) El acuerdo entre los interesados para que un extraño decida extrajudicialmente en un procedimiento contradictorio (arbitraje);
- 4) Voluntad de los interesados de acudir a un tercero “extrajudicial” –sin facultades decisorias- para que les ponga de acuerdo, ayudándoles a acercar sus posiciones y ver la cuestión desde la perspectiva del otro, con mutuas concesiones (mediación). Sin duda, salvo el primero, la mediación es el que ofrece mayores probalidades de éxito para dar una solución extrjudicial económica y rápida a conflictos civiles y mercantiles, mediante procedimientos adaptados a las necesidades de las partes.

Si bien la propia Directiva señala como ámbito de aplicación el de los litigios transfronterizos, también expresa que nada impide que los Estados miembros apliquen dichas disposiciones a procedimientos de mediación de carácter nacional; en consecuencia, sería deseable que una Ley estatal abordara de inmediato la regulación de la mediación civil y mercantil, regulando los requisitos de capacitación de los mediadores y la eficacia de los acuerdos alcanzados, con el fin de evitar que el colapso que actualmente sufren las oficinas judiciales acabe convirtiéndose en catástrofe o tragedia, con el consiguiente incremento de insatisfacción de los justiciables. En otros ámbitos se ha regulado –como es el caso de la mediación familiar- pero sin embargo, no se explica el retraso que se produce en la extensión de la mediación a otras áreas de conflictos –como la civil y mercantil- en las que, seguramente, tendrá un importante índice de éxito.

## BIBLIOGRAFIA

ANDRÉS CIURANA, Baldomero, “La mediación civil y mercantil: una asignatura pendiente en España. (A propósito de la propuesta de Directiva sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles), en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 12-2005, pp.60-69.

BARONA VILAR, Silvia, *Solución extrajudicial de conflictos. ‘Alternative Dispute Resolution’ (ADR) y Derecho Procesal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.

BELLOSO MARTÍN, Nuria, *Otros cauces para el Derecho: formas alternativas de resolución de conflictos*. En: “Los nuevos horizontes de la Filosofía del Derecho. Libro homenaje al Profesor Luis García San Miguel”. (Editor: V. Zapatero). Universidad de Alcalá de Henares, 2002, pp.55-92.

\_\_\_\_\_ (en lengua italiana) “Altre strade per il Diritto: forme alternative di risoluzione di conflitti”. En: *Annali del Seminario Giuridico*. Università di Catania. Giuffrè Editore, Vol.II, 2000-2001, pp.347-385.

\_\_\_\_\_ “Formas alternativas de resolución de conflictos. Experiencias en el Derecho comparado”. En: *Seqüencia*. Revista del Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis. Año XXV, Julio 2004, nº48, pp.173-202.

\_\_\_\_\_ “Reflexiones sobre Mediación familiar. Algunas experiencias en el Derecho Comparado”. En: *Revista de Direito Privado*, N. Nery Junior y R.Mª. de Andrade Nery coords., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais nº 24, ano 6, octubre-diciembre 2005, pp. 253-333.

\_\_\_\_\_ “Nuevas perspectivas en el Derecho de familia: medios complementarios de resolución de conflictos”. En: *Panorama internacional de Derecho de familia: cultura y sistemas jurídicos comparados*. Vol. I, Coord., Rosa Mª. Álvarez de Lara, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, pp.325-382.

\_\_\_\_\_ “Una propuesta de código ético de los mediadores” (marzo 2007) [.http://www.uv.es/CEFD/15/belloso;](http://www.uv.es/CEFD/15/belloso;)

\_\_\_\_\_ “Mediación penal de menores”, en N. Beloso Martín (Coordinadora), *Estudios sobre mediación*, La ley de Mediación familiar de Castilla y León. Junta de Castilla y León, Indipres, 2006, pp.325-356;

\_\_\_\_\_ “Derecho en transformación. Cuestiones de Filosofía jurídica y justicia reparadora”, en N. Beloso Martín y A. de Julios Campuzano (coordinadores), *¿Hacia un paradigma cosmopolita del derecho?: pluralismo jurídico, ciudadanía y resolución de conflictos*, Madrid, Dykinson-IISJ, 2007, pp.325-363.

\_\_\_\_\_ “La Ley de Mediación familiar de Castilla y León y su desarrollo reglamentario”, en N. Beloso Martín coordinadora, *Por una adecuada gestión de los conflictos: la mediación*, Burgos, Caja de Burgos, 2008, pp.279-369.

BOLZAN DE MORAIS, José Luiz, *Mediação e arbitragem. Alternativas À Jurisdição*, 1999.

BERNARDINA DE PINHO, Humberto dalla, Coordinador., *Teoría geral da mediação á luz do Projeto de Lei e do Direito Comparado*, Rio de Janeiro, Lumen Juris Editora, 2008.

GARCÍA VILLALUENGA, L., *Mediación en conflictos familiares. Una construcción desde el Derecho de familia*. Madrid, Reus, 2007.

GARCÍA VILLALUENGA, Leticia y BOLAÑOS CARTUJO, Ignacio, *Situación de la mediación Familiar en España. Detección de necesidades. Desafíos pendientes*. Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2007.

GROVER DUFFY, K., “Introducción a los Programas de Mediación comunitaria: pasado, presente y futuro”. En: *La mediación y sus contextos de aplicación. Una introducción para profesionales e investigadores* (Coordinadores: K. Grover Duffy, J. W. Grosch y P.V. Olczak). Trad. de M<sup>a</sup>. A. Garoz. Barcelona, Paidós, 1996.

GUILLÉN GESTOSO, C.; J. MENA CLARES; E. RAMOS RUIZ Y S. SÁNCHEZ SEVILLA (2005): “Aproximación genérica a la mediación”, en J. Sánchez Pérez coord., *Aproximación interdisciplinar al conflicto y a la negociación*, Cádiz: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, p. 59-72.

HIERRO SÁNCHEZ- PESCADOR, Liborio, “Aspectos éticos de los medios alternativos de solución de controversias (MASC): Ética y deontología de la mediación”, en I. Heredia Cervantes edtr., *AFDUAM 11*, Medios alternativos de solución de controversias, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid-BOE, 2008, pp.27-48.

JARES, X.R., *Educación para la paz. Su teoría y su práctica*. 2ª ed., Madrid, Editorial Popular, 1999.

McCORMACK, Mark. H., *Toda la verdad sobre los abogados. Cómo actúan y cómo tratar con ellos*. 2º ed., Trad. de R.A.A., Barcelona, Grijalbo, 1988.

SUARES, Marinés, *Mediación, conducción de disputas, comunicación y técnicas*. Buenos Aires-Barcelona-México, Paidós, 4º reimp., 2004.

SASTRE PELÁEZ, Antonio José, “Principios generales y definición de la mediación familiar: su reflejo en la legislación autonómica”. En: *La Ley*, nº 5478, 8-2-2002.

SINGER, L.R., *Resolución de conflictos. Técnicas de actuación en los ámbitos empresarial, familiar y legal*. Trad. de P. Tausent, Barcelona, Paidós, 1996.

WARAT, Luis Alberto, *O Ofício do Mediador*. Vol. I, Florianópolis, H abitus Editora, 2001.

# **A EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL DE CRÉDITOS DO SISTEMA DE FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO**

**Samir José Caetano Martins**

*Mestre em Direito (UGF). Advogado.*

## **1. Introdução**

Em mais uma tentativa de reaquecer o mercado imobiliário, foi editada a Lei do Sistema de Financiamento Imobiliário (Lei nº 9.514/97) – que não exclui a permanência do combalido Sistema Financeiro da Habitação – a qual tem como objetivo básico minimizar os riscos dos investimentos em operações imobiliárias, o que tende a conferir uma maior rentabilidade aos investidores e, assim, atrair um maior volume de recursos para o setor.

Para atingir seu objetivo, a Lei nº 9.514/97 conta, em linhas gerais, com três instrumentos: (i) o reforço da securitização de créditos imobiliários (que já fora sistematizada pela Lei nº 8.668/93 e pelas Instruções da Comissão de Valores Mobiliários nº 205/94 e 206/94); (ii) o aperfeiçoamento do sistema de garantias contratuais e (iii) a previsão da Execução Extrajudicial para satisfação de créditos garantidos por alienação fiduciária em garantia sobre bem imóvel.

Um imóvel (*rectius*: o direito de propriedade ou outros direitos reais sobre coisa imóvel, como o direito real de aquisição) pode servir como lastro da garantia do adimplemento de qualquer obrigação, inclusive da obrigação de restituir o valor emprestado para a aquisição do próprio imóvel<sup>1</sup>. Dentre as diversas espécies de garantia, pode ser escolhida a fidúcia. A fidúcia pode ser operacionalizada por meio de diversos instrumentos jurídicos, entre eles a alienação fiduciária em garantia, que passou a ter como objeto tanto bens móveis quanto imóveis por força da Lei nº 9.514/97.

---

<sup>1</sup> Na época da edição da Lei 9.514/97 verificou-se certa vacilação da comunidade jurídica na utilização de imóveis como garantia de qualquer espécie de obrigação – e não apenas nas obrigações legadas à aquisição de imóveis. As dúvidas em torno deste ponto só foram dissipadas pelo artigo 19 da Medida Provisória nº 2.223/2001, integralmente reproduzido pelo artigo 51 da Lei nº 10.931/2004, que assim dispõe: “Sem prejuízo das disposições do Código Civil, as obrigações em geral também poderão ser garantidas, inclusive por terceiros, por cessão fiduciária de direitos creditórios decorrentes de contratos de alienação de imóveis, por caução de direitos creditórios ou aquisitivos decorrentes de contratos de venda ou promessa de venda de imóveis e por alienação fiduciária de coisa imóvel”.

Ocorrendo o inadimplemento da obrigação garantida por alienação fiduciária em garantia, a propriedade do imóvel se consolida no patrimônio do credor (isto é, o credor passa a deter não apenas a propriedade fiduciária, mas já a propriedade plena do imóvel), nos termos do artigo 26 da Lei nº 9.514/97.

Diferentemente das suas congêneres, a Lei do Sistema de Financiamento Imobiliário não apontou o número de prestações – pressupondo-se que a obrigação a ser satisfeita será paga de forma parcelada, como de ordinário ocorre no mercado imobiliário – que, não sendo pagas, autorizarão o procedimento satisfativo.

É recomendável que o credor aguarde o inadimplemento de três prestações para iniciar a Execução Extrajudicial, observando a simetria com os demais procedimentos extrajudiciais, a fim de evitar uma eventual alegação de nulidade da cláusula que prevê a imediata execução por contrariedade ao princípio da boa-fé objetiva.

Segundo prestigiosa corrente doutrinária, o credor só pode optar pela extinção do vínculo contratual quando se verificar um inadimplemento expressivo por parte do devedor: trata-se da Teoria do Adimplemento Substancial, divulgada por juristas de expressão doutrinária e influência nos tribunais, como RUY ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR, que neste particular influenciou a orientação do Superior Tribunal de Justiça, enquanto Ministro daquela Corte, como se colhe de breve excerto do voto condutor de sua lavra:

A extinção do contrato por inadimplemento do devedor somente se justifica quando a mora causa ao credor dano de tal envergadura que não lhe interessa mais o recebimento da prestação devida, pois a economia do contrato está afetada. Se o que falta é apenas a última prestação de um contrato de financiamento com alienação fiduciária, verifica-se que o contrato foi substancialmente cumprido e deve ser mantido, cabendo ao credor executar o débito. Usar do inadimplemento parcial e de importância reduzida na economia do contrato para resolver o negócio significa ofensa ao princípio do adimplemento substancial, admitido no Direito e consagrado pela Convenção de Viena de 1980, que regula o comércio internacional. No Brasil, impõe-se como uma exigência da boa-fé objetiva, pois não é eticamente defensável que a instituição bancária alegue a mora em relação ao pagamento da última parcela, esqueça o fato de que o valor do débito foi depositado em juízo e estava à sua disposição, para vir lançar mão da forte medida de reintegração liminar na posse do bem e pedir a extinção do contrato. O deferimento de sua pretensão permitiria a retenção dos valores já recebidos e, ainda, obter a posse do veículo,

para ser revendido nas condições que todos conhecemos, solução evidentemente danosa ao financiado.<sup>2</sup>

Embora, em um primeiro momento, a propriedade plena se consolide nas mãos do credor, este não pode integrá-la definitivamente a seu patrimônio. Pelo menos, não sem antes levá-la à praça, por meio de execução judicial ou extrajudicial. Somente se, após regularmente realizadas duas praças, o imóvel não vier a ser arrematado ou a dívida não houver sido de qualquer modo satisfeita (ou de qualquer outro modo extinta), é que o imóvel passará a integrar, agora definitivamente, o patrimônio do credor, conforme será exposto no item 5 infra.

## **2. Natureza Jurídica da Execução Extrajudicial de Créditos**

Entre os meios tradicionais de satisfação de pretensões (processo, autocomposição e autotutela), as execuções extrajudiciais de créditos certamente devem ser consideradas uma espécie peculiar de autotutela.

É conhecida de todos a evolução das técnicas de solução de conflitos da humanidade, na trajetória da pura e simples vingança privada para o processo justo, estruturado sobre um sistema de garantias fundamentais.

Mas o reconhecimento deste progresso não deve conduzir ao equívoco de equiparar a autotutela, tal como hoje é concebida, à vingança privada de outrora, daí se extraindo a ilação de que a autotutela é um mal em si mesma e que deve ser proscrita dos ordenamentos jurídicos.

Na verdade, nenhum ordenamento jurídico é capaz de absorver todos os conflitos sociais e pacificá-los eficientemente sob a forma ideal do processo justo, assim como o próprio Estado não é capaz de preencher todos os espaços da vida dos cidadãos, sendo necessário buscar o ponto de equilíbrio entre as esferas pública e privada na concretização do princípio da subsidiariedade<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Excel Crédito Financiamento e Investimento S/A e Ailton de Souza Rocha. Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar. 1º de março de 2001. Disponível em <www.stj.gov.br>. Acesso em 28 set. 2004.

<sup>3</sup> Para um exame do princípio da subsidiariedade e seus desdobramentos, cabe a referência à obra de HÖFFE, Otfried. *A Democracia no mundo de hoje*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, trad. Tito Lívio Cruz Romão.

Daí a tendência mundial de estímulo da autocomposição (que se mostra presente nos processos civil e penal, de índole individual e coletiva) e, na mesma linha, de preservação da autotutela (evidentemente, sob o estrito controle estatal).

Atualmente, a autotutela assume múltiplas faces, que ultrapassam largamente os conhecidos exemplos acadêmicos do desforço imediato para proteção possessória (artigo 1.210, § 1º, do Código Civil de 2002), do direito de podar árvores do vizinho (artigo 1.283 do Código Civil de 2002) e do direito de greve (Lei nº 7.783/89) e seu desdobramento mais brando, conhecido como “operação-tartaruga”<sup>4</sup>.

Longe da visão caricata que comparava a autotutela à vingança privada, a concepção atual de autotutela, que preferimos identificar como *autotutela moderna*, revela traços autocompositivos e processuais, sem que sua natureza jurídica possa ser confundida com a autocomposição e o processo.

Nesta linha, ensina ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, são fenômenos peculiares à autotutela praticada nos dias atuais a sua fiscalização processual e a sua processualização<sup>5</sup>:

*“101) Por último, la fiscalización procesal de al autodefensa tiene lugar cuando se niegue o se debata judicialmente su existencia, y el proceso sirva para comprobar la realidad de sus requisitos condicionantes (como en los supuestos de legítima defensa o de estado de necesidad) o para certificar su producción y pertinencia, en ambos casos mediante la homologación correspondiente, o sea mediante el visto-bueno o aprobación a posteriori, emitido en forma de sentencia declarativa o de accertamiento, conforme dijimos en el número 33.*

---

<sup>4</sup> Fiel à fluência da exposição, o presente trabalho se escusa de apresentar as demais espécies de autotutela. Vale mencionar, entre elas, a exceção do contrato não cumprido (artigos 476 e 477 do Código Civil de 2002), o direito de retenção: do locatário na locação de coisas (artigos 571, Parágrafo único e 578 do Código Civil de 2002), do mandatário não ressarcido pelas despesas incorridas no desempenho do encargo (artigo 681 do Código Civil de 2002), do comissário pelo reembolso das despesas incorridas (artigo 708 do Código Civil de 2002) e a execução extrajudicial – mais conhecida, neste caso, como “venda amigável” no penhor convencional (artigo 1.433, IV, do Código Civil de 2002) e no penhor legal (artigo 1.470 do Código Civil de 2002).

<sup>5</sup> ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO. Niceto. *Proceso, autocomposición y autodefensa*. 2. ed.. México: UNAM, 1970, p. 179 e 180.

102) Junto a la homologación judicial de la autodefensa, debemos mencionar otra figura, de tránsito hacia el proceso, y que tiende, como aquélla, aunque de manera distinta, a revestir la autodefensa de especiales garantías. Nos referimos a la que ya en la conferencia segunda denominamos autodefensa procesalizada (cfr. supra, núms. 30-33), como la administrativa, la disciplinaria o la ejercida por los tribunales de honor (AD.a). La diferencia entre autodefensa homologada y autodefensa procesalizada hay que buscarla por el lado de su desenvolvimiento respectivo: en la hipótesis de homologación, el proceso sirve para comprobar y convalidar una autodefensa precedente y extraprocesal, mientras que en el caso de procesalización, la autodefensa se lleva a cabo dentro y mediante el que, abstracción hecha de la cualidad del órgano decisor, que no es un tercero imparcial, constituiría un proceso, más o menos afín al judicial, e incluso idéntico al mismo (AD.b).”

Cabe notar que o enquadramento das próprias execuções extrajudiciais de créditos como espécie de autotutela já era observada por ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, destacando inclusive os traços autocompositivos que lhe são peculiares<sup>6</sup>:

“Sin ánimo de componer una lista exhaustiva, recordaremos algunas de las manifestaciones más interesantes. [...] en materia de contratos, si bien se halla prohibido el pacto comisorio respecto de los bienes dados en prenda, se suele autorizar, en cambio, la llamada ejecución por obra del acreedor, frente a créditos pignoratícios e hipotecarios, una vez vencida la obligación que garanticen: cuando para proceder a la venta extrajudicial se exige convenio expreso, como preceptúa el artículo 2884 del código civil federal respecto de la prenda, entonces nos hallamos ante una mezcla de autocomposición como medio y de autodefensa como fin, o bien con una apariencia autocompositiva y

---

<sup>6</sup> Ob. cit. p. 37-39.

*una realidad autodefensiva, o, por último, con autocomposición por parte del deudor y autodefensa por el lado del acreedor.”*

### 3. Constitucionalidade das Execuções Extrajudiciais de Créditos

O conhecimento da natureza jurídica das execuções extrajudiciais de créditos possibilita ao aplicador da lei examinar a constitucionalidade de sua adoção sob uma perspectiva diferente da que tradicionalmente tem sido adotada pela doutrina e jurisprudência brasileiras.

É de notório conhecimento a discussão em torno da constitucionalidade da execução extrajudicial de créditos prevista na Lei da Cédula Hipotecária (Decreto-lei nº 70/66), que provocou severas críticas da doutrina processualista<sup>7</sup> e chegou a ser considerada inconstitucional por alguns tribunais<sup>8</sup>.

Sem embargo do debate, parece que há muito o extinto Tribunal Federal de Recursos já respondera com vantagem às críticas da doutrina e dos tribunais locais<sup>9</sup>:

Alega-se que o procedimento não se harmoniza com o disposto no art. 153, § 4º, da Constituição, segundo o qual não poderá a lei excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.

Não houve, porém, supressão do controle judicial.

---

<sup>7</sup> No sentido da inconstitucionalidade, entre outros: ROCHA, Glézio. *Da execução extrajudiciária do crédito hipotecário*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1971; OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Procedimento e Ideologia no Direito Brasileiro Atual*. *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul – AJURIS*. Porto Alegre. ano XII, n. 33, p. 79-85, mar. 1985. GRINOVER, Ada Pelegrini. *Novas tendências do direito processual*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 199-200; MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 155-156 e, até recentemente, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 194, 311-313.

<sup>8</sup> No sentido da inconstitucionalidade, dispunha o verbete 39 da Súmula de Jurisprudência Predominante do 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo: “São inconstitucionais os arts. 30, parte final, e 31 a 38 do Dec.-lei 70, de 21.11.1966” e ainda antiga decisão do Órgão Especial do extinto Tribunal de Alçada Cível do Rio Grande do Sul no Incidente de Inconstitucionalidade na Apelação Cível nº 189040938, Relator Juiz Ivo Gabriel da Cunha, 1º de junho de 1990, *Julgados 76/81*: “A execução especial prevista no Dec.-lei 70/66 é processo, submetida assim às normas constitucionais de natureza processual. Constituinto execução privada, realizada fora do Poder Judiciário, sem segurança de contraditório e ampla defesa, dita execução é incompatível com as garantias postas nos incs. XXXV, LIV e LV da Constituição do Brasil de 1988. Incidente acolhido.”.

<sup>9</sup> BRASIL. Tribunal Federal de Recursos. Apelação em Mandado de Segurança nº 77.152. Marcílio José Ribeiro e s/m e Caixa Econômica Federal e outro. Relator Ministro Décio Miranda. 5 de março de 1976. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, ano 72, v. 254, p. 246-247, abr./jun. 1976.

Estabeleceu-se, apenas, uma deslocação do momento em que o Poder Judiciário é chamado a intervir.

No sistema tradicional, ao Poder Judiciário se cometia em sua inteireza o processo de execução, porque dentro dele se exauria a defesa do devedor.

No novo procedimento, a defesa do devedor sucede ao último ato da execução, a entrega do bem excutido ao arrematante.

No procedimento judicial, o receio de lesão ao direito do devedor tinha prevalência sobre o temor de lesão ao direito do credor. Adia-se a satisfação do crédito, presumivelmente líquido e certo, em atenção aos motivos de defesa do executado, quaisquer que fossem.

No novo procedimento, inverteu-se a ordem, deu-se prevalência à satisfação do crédito conferindo-se à defesa do executado não mais condição impeditiva da execução, mas força rescindente, pois, se prosperarem as alegações do executado no processo judicial de imissão de posse, desconstituirá a sentença não só a arrematação como a execução, que a antecedeu.

Antes, a precedência, no tempo processual, dos motivos do devedor;; hoje, a dos motivos do credor, em atenção ao interesse social da liquidez do Sistema Financeiro da Habitação.

Essa mudança, em termos de política legislativa, pôde ser feita, na espécie, sem a infligência de dano irreparável às garantias de defesa do devedor. Tem esta aberta a via da reparação, não em face de um credor qualquer, mas em relação aos credores credenciados pela integração num sistema financeiro a que a legislação confere específica segurança.

Se, no novo procedimento, vier a sofrer detrimento o direito individual concernente à propriedade, a reparação pode ser procurada no Poder Judiciário, seja pelo efeito rescindente da sentença na ação de imissão de posse, seja por ação direta contra o credor ou o agente fiduciário.

Assim, a eventual lesão ao direito individual não fica excluída de apreciação judicial.

Igualmente desamparadas de razões dignas de apreço as alegações de ofensa aos §§ 1º e 22 do art. 153 da Constituição: a execução extrajudicial não vulnera o princípio

da igualdade perante a lei (todos, que obtiveram empréstimo do sistema, estão a ele sujeitos) nem fere o direito de propriedade (a excussão não se faz *sem causa*, e esta reside na necessidade de satisfazer-se o crédito, em que também se investe direito de propriedade, assegurado pela norma constitucional.

Por outro lado, também não prospera a alegação, feita em casos análogos, de que a execução extrajudicial vulnera o princípio da autonomia e independência dos Poderes (art. 6º da Constituição).

O novo procedimento não retira do Poder Judiciário parcela alguma do poder jurisdicional.

O agente fiduciário executa somente uma função administrativa, não necessariamente judicial.

De todo modo, a controvérsia em torno da constitucionalidade da execução extrajudicial, especialmente no tocante ao Decreto-lei nº 70/66, só foi pacificada na jurisprudência por reiterados pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal.<sup>10</sup>

Nos estudos doutrinários mais recentes, é interessante destacar a mudança de orientação de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, que no passado dirigiu amargas palavras contra a execução extrajudicial de créditos do Sistema Financeiro da Habitação, vindo a manifestar-se pela plena legitimidade das execuções extrajudiciais em resposta a consulta da Associação Brasileira de Instituições Financeiras de Desenvolvimento – ABDE, conforme parecer firmado em 23 de outubro de 1998, a propósito precisamente da edição da Lei nº 9.514/97<sup>11</sup>:

---

<sup>10</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 223.075/DF. Caixa Econômica Federal e Ismara de Carvalho Bastos. Relator Ministro Ilmar Galvão. 23 de junho de 1998. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em 5 jul. 2004; Recurso Extraordinário nº 240.361/RS. Habitasul Crédito Imobiliário S/A e Sílvia Rejane Duzac Cerutti e outros. Relator Ministro Ilmar Galvão. 29 de junho de 1999. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em 5 jul. 2004; Recurso Extraordinário nº 148.872/RS. Bamerindus S/A Crédito Imobiliário e Luiz Carlos da Silva Boyen e outros. Relator Ministro Moreira Alves. 21 de março de 2000. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em 5 jul. 2004; Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 339.949/SP. Regina Schwartz e outras e Banco Econômico S/A e Nossa Caixa Nosso Banco S/A. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. 10 de fevereiro de 2004. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em 5 jul. 2004; Recurso Extraordinário nº 287.453/RS. Marco Antônio dos Santos Leite e Caixa Econômica Federal. Relator Ministro Moreira Alves. 18 de setembro de 2001. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em 5 jul. 2004.

<sup>11</sup> O nome da consulente e a data do parecer estão estampados na versão publicada na *Revista de Direito Imobiliário*. São Paulo, ano 24, n. 51, p. 235-252, jul./dez. 2001. O trabalho também foi publicado em uma das coletâneas de estudos do notável professor paulista (*Fundamentos do Processo Civil Moderno*, 5. ed.. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 1.271-1.301).

*“Haveria conflito com a garantia do substantive due process se a legislação retora da alienação fiduciária em garantia extrapolasse os limites do razoável, excluísse a apreciação judiciária do comportamento do credor-fiduciário após a consolidação do domínio e com isso rompesse o equilíbrio que precisa preponderar entre a segurança do crédito e a preservação do direito de propriedade, constitucionalmente assegurado (Const., art. 5º, inc. XXII). Mas a compatibilidade constitucional está preservada a partir do momento em que a lei manda oferecer idônea oportunidade para purgar a mora, veda a definitiva integração do imóvel ao patrimônio do credor, exige a venda em leilão, manda entregar-lhe eventual sobra e deixa portas abertas ao controle jurisdicional. Respeitados pela legislação os limites à discricionariedade do exercício do poder pelo legislador, eventuais excessos em casos concretos serão apreciados pelo Poder Judiciário (Const., art. 5º, inc. XXXV); transgredidos em casos concretos os preceitos legais pertinentes ao instituto, do mesmo modo o controle jurisdicional afastará eventual lesão.*

(...)

*Pessoalmente, no passado sustentei a inconstitucionalidade dessa construção, mas os tribunais caminharam decididamente em sentido oposto, apoiados na oferta de oportunidades para discutir o preço e na legitimidade sócio-econômica da socialização do crédito mediante a prática de financiamentos com alienação fiduciária em garantia. Os mesmos raciocínios transpõem-se agora à alienação fiduciária de bens imóveis, seja porque é sempre garantido o recurso ao Poder Judiciário, seja pela utilização do instituto.*

*O recurso ao controle jurisdicional é admissível em dois momentos e com duas finalidades fundamentais. Logo ao início, quando da notificação para purgar a mora ou durante o procedimento perante o registro imobiliário destinado a esse fim (lei n. 9.514, de 20.11.97, art. 26, §§), é lícito ao devedor-fiduciante impugnar em juízo as exigências do credor (p. ex., negando a mora) ou mesmo a*

*regularidade do procedimento. Depois, sem prejuízo de trazer à discussão o próprio registro que haja sido feito na matrícula imobiliária (lei cit., art. 26, § 7º), poderá ele discutir em juízo o valor da venda efetuada em leilão (art. 27). Tudo com apoio na promessa constitucional de acesso à justiça, que a lei não arreda nem poderia arredar (Const., art. 5º, inc. XXXV).*

*Por isso e tendo presente a linha jurisprudencial formada com firmeza em relação à alienação fiduciária de bens imóveis não se choca com a garantia constitucional do due process of law nem afronta a inafastável promessa de tutela jurisdicional e acesso à justiça (Const., art. 5º, incs. LIV e LV).”*

De nossa parte, entendemos que o exame da constitucionalidade das execuções extrajudiciais deve abordar os seguintes aspectos: (i) a garantia fundamental do acesso à justiça; (ii) o direito fundamental à isonomia; (iii) o princípio da razoabilidade.

Desde já, cabe observar que considerações sobre o devido processo legal (aí entendido na sua acepção estritamente processual) e sobre as garantias fundamentais a ele inerentes (juiz natural, contraditório, ampla defesa) não devem ser aplicadas ao exame da constitucionalidade das execuções extrajudiciais, exatamente porque se trata de autotutela e não de processo, não havendo na autotutela a definitividade que o processo tende a conferir à solução dos conflitos.

Haveria violação à garantia fundamental de acesso à justiça se fosse retirado do Poder Judiciário o monopólio da última palavra<sup>12</sup>, ou seja, a derradeira possibilidade de busca pelo cidadão da tutela do Estado-Juiz na defesa de suas posições jurídicas de vantagem.

---

<sup>12</sup> Conforme o magistério de José Joaquim Gomes Canotilho: O “**monopólio da última palavra**” ou “monopólio dos tribunais” significa, em termos gerais, o direito de qualquer indivíduo a uma *garantia de justiça*, igual, efectiva e assegurada através de “processo justo” para defesa das suas posições jurídico-subjectivas. Esta garantia de justiça tanto pode ser reclamada em casos de lesão ou violação de direitos e interesses dos particulares por medidas e decisões de outros poderes e autoridades públicas (*monopólio da última palavra contra actos do Estado*) como em casos de litígios entre particulares e, por isso, carecidos de uma decisão definitiva e imparcial juridicamente vinculativa (*monopólio da última palavra em litígios jurídico-privados*). Alguns autores aludem aqui a **reserva relativa de jurisdição**.” (*Direito constitucional e teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 661-663).

Tal não ocorre no caso das execuções extrajudiciais onde, quando muito, o que se vê é algo próximo ao afastamento da exclusão da primeira palavra<sup>13</sup> do Poder Judiciário sobre a crise de adimplemento instaurada entre o adquirente e o alienante do imóvel, o que é plenamente aceitável, em se tratando de direito patrimonial disponível.

Além disso, é de rigor observar que a qualquer tempo está aberta a via jurisdicional para que a parte contratual que se sinta prejudicada, a qual pode se valer, inclusive, da tutela de urgência, como, aliás, tem ocorrido freqüentemente na experiência da execução extrajudicial dos créditos do Sistema Financeiro da Habitação.

CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA<sup>14</sup> vislumbra uma suposta violação ao direito fundamental à isonomia pelas execuções extrajudiciais, que conteriam uma desigualdade *no* procedimento e uma desigualdade *de* procedimento.

De início, consideramos que a ofensa à isonomia consiste na adoção de critério de *discrímén* irrazoável, na esteira da lição de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO<sup>15</sup>.

A desigualdade *no* procedimento não implica, por si só, em ofensa à isonomia. Como todo de satisfação forçada de uma pretensão, a execução extrajudicial implica em um ato de submissão. Este é o fundamento – mais do que lógico – para se admitir a desigualdade no momento da satisfação do credor, que apresenta uma pretensão a que o sistema atribui uma presunção de legitimidade.

Se o aplicador da lei estivesse empenhado em manter a igualdade das partes a todo custo em qualquer situação, acabaria impedindo que a atividade satisfativa atingisse o seu resultado. Afinal, se duas forças contrárias tiverem sempre a mesma intensidade, naturalmente elas se anularão eternamente.

---

<sup>13</sup> Cf. CANOTILHO, Ob. cit.: “Diz-se que há um **“monopólio da primeira palavra”**, **monopólio do juiz** ou **reserva absoluta de jurisdição** quando, em certos litígios, compete ao juiz não só a última e decisiva palavra mas também a primeira palavra referente à definição do direito aplicável a certas relações jurídicas. A “reserva de primeira palavra” está constitucionalmente prevista nos artigos 27º/2 e 28º/1 referente à privação da liberdade e nos artigos 33º/4 e 34º/2, 36º/6, 46º/2 e 113º/7. Fora os casos individualizados na Constituição, o reconhecimento do monopólio da primeira palavra tende a afirmar-se quando não existe razão ou fundamento material para a opção por um procedimento não judicial de decisão de litígios. É este o caso quando estão em causa direitos de particular importância jurídico-constitucional a cuja lesão deve corresponder uma efectiva protecção jurídica. Assim, por exemplo, se em questão do foro criminal é sempre inadmissível qualquer procedimento administrativo prévio, já é discutível se esta exigência do “monopólio da primeira palavra” se aplica aos procedimentos disciplinares ou aos procedimentos sancionatórios em geral (CR, art. 32º/10).” (p. 663).

<sup>14</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. “Procedimento e Ideologia no Direito Brasileiro Atual”. *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul – AJURIS*, Porto Alegre. ano XII, n. 33, p. 79-85, mar. 1985.

<sup>15</sup> *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 48.

E não colhe a alegação de desigualdade *do* procedimento, que consistiria na circunstância de o mecanismo aproveitar especialmente às instituições financeiras.

Primeiro, porque a finalidade maior é contribuir para a solidez do mercado imobiliário nacional, objetivo que se reveste de inegável interesse social.

Segundo, porque o fato de o mecanismo aproveitar às instituições financeiras não significa que ele não possa ser aplicado por credores menos abastados, em contextos de maior densidade social.

Prova disso é a possibilidade de manejo da autotutela na dispensa da outorga de contrato definitivo de compra e venda no caso de promessa comprovadamente quitada, que vem sendo proposta em elegante doutrina por MELHIM NANEM CHALHUB, sendo objeto do Projeto de Lei nº 3.780/2004, pelo qual se pretende inserir o preceito no artigo 1.418 do Código Civil<sup>16</sup>.

O que constituiria rematada desigualdade seria permitir a utilização do processo como fator de estímulo à inadimplência *de alguns*, num círculo vicioso que encarece o crédito e, com isso, torna o acesso aos bens mais difícil *para todos*.

O solidarismo que se espera de um sistema jurídico contemporâneo não se confunde com a indulgência a violações de direitos legítimos, seja de quem forem: de instituições financeiras ou de operários.

Finalmente, para avaliar a consonância das execuções extrajudiciais com o princípio da razoabilidade, ou devido processo legal substantivo, é necessário perquirir se o meio manejado é adequado a obter o fim perseguido (razoabilidade interna) e se a medida se insere harmonicamente no ordenamento jurídico (razoabilidade externa).

---

<sup>16</sup> “A necessidade de outorga do contrato definitivo é formalidade que se pode considerar dispensável, entendendo grande parte da doutrina que, na medida em que a promessa esteja estruturada com os requisitos do contrato definitivo, a lei deveria autorizar o registro do domínio em nome do promitente comprador, bastando que esse comprovasse a quitação do preço e atendesse os procedimentos próprios do registro. A idéia já foi incorporada ao direito positivo, pela Lei nº 9.785, de 02.02.1999, que alterou a Lei de Parcelamento do solo urbano para dispensar a formalização de escritura de compra e venda nessas hipóteses, de acordo com o § 6º, que foi acrescentado ao art. 26 da Lei nº 6.766, de 1979, como acima referido. A dispensa da nova escritura, aliás, deveria ter sido contemplada no novo Código Civil, tal como chegou a ser proposta no Anteprojeto de 1963, pelo qual “a aquisição da propriedade imóvel prometido irretroatamente à venda independe de nova escritura, transcrevendo-se em nome do promitente-comprador com a apresentação, por este ou por qualquer interessado, do documento comprobatório da quitação, ciente o promitente-vendedor” (art. 604 do Anteprojeto). Uma tal dispensa teria extraordinário alcance social e produziria efeitos benéficos no campo processual, contribuindo para reduzir a sobrecarga do Judiciário, na medida em que seria possível suprimir um sem-número de ações de adjudicação compulsória e possibilitaria aos interessados a obtenção do registro do domínio por meios extrajudiciais e a baixo custo.”(CHALHUB, Melhim Namem. *Direitos reais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 180).

O objetivo das execuções extrajudiciais é diminuir o impacto dos altos níveis de inadimplência no mercado imobiliário, contribuindo para a higidez do sistema de financiamento imobiliário.

Estatística recente divulgada pelo BANCO CENTRAL DO BRASIL<sup>17</sup> mostra que, entre fevereiro e julho de 2004, o percentual de contratos com prestações pagas pontualmente gira em torno de 50% (cinquenta por cento), alcançando-se o expressivo patamar de 30% (trinta por cento) de contratos em que se verifica mais de três prestações em atraso.

Ou seja: existe um elevado nível de inadimplência dos adquirentes de imóveis que optam pelo pagamento diferido do preço e este nível de inadimplência é tanto menor quanto mais próximos estão os adquirentes de sofrer a execução extrajudicial (geralmente, com a inadimplência de mais de três prestações).

Resta saber se, de fato, as execuções extrajudiciais se prestam a expurgar do sistema de financiamento imobiliário os maus pagadores ou se, na verdade, elas constituem um meio de pressão dos agentes financiadores para perpetuar os efeitos de cláusulas abusivas.

CARLOS EDUARDO DUARTE FLEURY<sup>18</sup> dá conta de que, num universo de 446 (quatrocentas e quarenta e seis) demandas movidas por mutuários, 133 – ou seja, 30% (trinta por cento) foram julgadas improcedentes em primeiro grau de jurisdição; 201 – ou seja, 45% (quarenta e cinco por cento) delas foram julgadas improcedentes nos demais graus de jurisdição e apenas 112 – ou seja, 25% (vinte e cinco por cento) delas são julgadas procedentes, no sentido de que foi alterado o critério de reajuste das prestações, mantendo-se o saldo devedor.

Sem ignorar a sábia advertência atribuída a DISRAELI<sup>19</sup> (“There are three kinds of lies: lies, dammes lies and statistics.”), não se pode negar que as estatísticas disponíveis apontam para a adequação da medida aos mais elementares princípios da responsabilidade civil contratual, na medida em que as execuções extrajudiciais se têm

---

<sup>17</sup> BRASIL. Banco Central do Brasil. SFH – Sistema Financeiro da Habitação: Estatísticas. Disponível em <www.bcb.gov.br>. Acesso em 2 out. 2004.

<sup>18</sup> FLEURY, Carlos Eduardo Duarte. Crédito Imobiliário no Brasil e Execuções Hipotecárias. *Revista de Direito Imobiliário*. São Paulo, ano 27, n. 56, jan./jun. 2004. Cabe observar que a estatística apresentada por este autor não traz qualquer referência ao período de apuração nem ao critério de organização dos dados, o que dificulta a averiguação da veracidade dos dados apresentados.

<sup>19</sup> ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Estatística Judiciária. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 28, nº 110, p. 9-18, abr./jun. 2003.

prestado a efetivamente a satisfazer pretensões legítimas à recuperação dos créditos não-honrados.

#### **4. Opção por diversas formas de Execução**

É interessante observar que a Lei nº 9.514/97 em momento algum faz alusão à execução judicial. Isto não significa, contudo, que esta modalidade de busca da satisfação do crédito não possa ser utilizada, diante da garantia constitucional do acesso à justiça, que tem como uma de suas facetas a inafastabilidade do controle jurisdicional (artigo 5º, XXXV, da Constituição da República).

Nada obsta a que o credor utilize, no caso, a execução por quantia certa contra devedor solvente (artigos 646 e seguintes, do Código de Processo Civil), por considerar que o procedimento judicial atenderá melhor a seus interesses.

Estes interesses podem ser afetados por diversos fatores, considerados na tomada de decisão pela via adequada.

Avaliando a conjuntura que envolve o negócio no momento da satisfação do crédito, o credor pode perceber que há bens penhoráveis de maior liquidez no patrimônio do devedor, em comparação com o imóvel alienado fiduciariamente (basta pensar na possibilidade de uma penhora de valores depositados em conta-corrente); o credor pode considerar mais vantajoso, do ponto de vista econômico, aguardar a alienação dos bens do devedor por meio da execução judicial do que, eventualmente, vir a adquirir a propriedade do bem alienado fiduciariamente (basta lembrar que a consolidação da propriedade no patrimônio do credor acarretará o pagamento do Imposto de Transmissão de Bens *inter vivos* – ITBI e, eventualmente, o pagamento de laudêmio – no caso de o direito real alienado fiduciariamente ser o domínio útil de um imóvel); pode, ainda, perceber que a possibilidade de consolidação da propriedade em seu patrimônio não bastará para satisfazer a dívida e as despesas, quer porque o bem dado em garantia sofreu considerável desvalorização, quer porque o valor da dívida superou o valor do bem, considerados os encargos contratuais ou mesmo as perdas e danos (cabe lembrar que, na Execução Extrajudicial, se o bem não vier a ser adquirido por terceiros, a propriedade se

consolidará definitivamente nas mãos do credor e a dívida será considerada extinta, seja ou não suficiente o valor do bem para cobrir o valor da dívida e das despesas).

No sentido de que o credor não poderia reconsiderar sua opção pela execução judicial ou pela execução extrajudicial, RENAN MIGUEL SAAD sustenta que “*Não se afigura possível que ao fiduciário, uma vez feita a escolha pela cobrança judicial, dê-se a oportunidade de desistir do procedimento judicial refazendo a sua opção para o método extrajudicial de excussão do débito. Assim, eleita a execução judicial da dívida pelo fiduciário, importará em renúncia à cobrança extrajudicial preconizada na Lei nº 9.514/97*”<sup>20</sup>.

Sem razão. Não há fundamento jurídico no moderno direito processual brasileiro que embase a transposição acrítica do velho brocardo *electa una via non datur regressus ad alteram*, cuja aplicação nos dias atuais exige uma forte mitigação<sup>21</sup>.

O que não se pode admitir é que o credor obtenha a satisfação do seu direito mais de uma vez (porque na segunda tutela que obtiver já não teria direito material a satisfazer) ou que utilize os dois instrumentos simultaneamente – a menos que o faça em cumulação alternativa ou sucessiva (porque a satisfação de uma pretensão faz desaparecer o interesse pela outra, o que elimina o direito de demandar).

Até que a satisfação de seu direito ocorra, nada impede que o credor lance mão deste ou daquele instrumento, recolhendo as armas onde a batalha se mostrar infrutífera e voltando à carga onde houver maiores probabilidades de vitória. Na feliz síntese de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO<sup>22</sup>, o elemento consuntivo dos direitos e ações concorrentes está localizado na satisfação do direito e não na mera propositura da demanda.

Como o credor nada obtém pelo simples fato de promover uma execução judicial, sendo certo que seu direito só será satisfeito se e *quando* houver o pagamento (numa das modalidades reconhecidas no artigo 708 do Código de Processo Civil), ele terá interesse em promover a demanda enquanto não for extinta a obrigação do devedor, nada

---

<sup>20</sup> *A alienação fiduciária sobre bens imóveis*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 243.

<sup>21</sup> “O tema diz muito de perto com tudo quanto se aceita e prega hodiernamente sobre a efetividade do processo. Choca-se aquela máxima fragorosamente, em sua interpretação tradicional, com a garantia constitucional da ação e do controle jurisdicional, opondo ilegítimos entraves à plenitude do acesso à justiça. Na medida em que dá por ferido de morte um dos direitos do credor sem que nenhum dos direitos concorrentes haja sido satisfeito, investe contra direito adquirido e contra a intangibilidade do patrimônio.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 5. ed., São Paulo; Malheiros, 2002, p. 908).

<sup>22</sup> Idem nota anterior.

obstando a que o credor desista da execução, como a lei lhe faculta, e promova a Execução Extrajudicial, como a lei também lhe faculta.

O credor pode, a qualquer tempo, rever sua decisão de adotar este ou aquele instrumento de busca da tutela de seu direito, desde que sua pretensão não tenha sido satisfeita e desde que os dois instrumentos jurídicos não sejam utilizados simultaneamente (o que caracterizaria, do ponto de vista processual, a falta de interesse de agir em relação a um dos procedimentos, além de denotar, do ponto de vista material, um evidente abuso de direito).

## **5. O procedimento da Lei do Sistema de Financiamento Imobiliário**

### **5.1. Interpelação do Devedor**

Nos termos do *caput* do artigo 26 da Lei nº 9.514/97, verificado o inadimplemento e “constituído em mora” o devedor fiduciante (*rectius*: depois de lhe dada a oportunidade para purgação da mora – não se pode esquecer que a mora é *ex re*, embora, em homenagem ao impacto social dos bens de raiz, seja utilizado um mecanismo da mora *ex persona* como requisito para a deflagração da Execução Extrajudicial), a propriedade do imóvel se consolida no patrimônio do credor fiduciário.

O diferencial entre esta estrutura de interpelação e suas congêneres é a previsão de um prazo de carência, previsto no contrato, para a deflagração da medida (§ 2º do artigo 26 da Lei nº 9.514/97).

Transcorrido o prazo de carência, cabe ao credor fiduciário interpelar o devedor fiduciante junto ao Oficial do Registro de Imóveis em que estiver matriculado o imóvel ou por meio do Ofício de Registro de Títulos e Documentos “da comarca da situação do imóvel ou do domicílio de quem deva recebê-la” (isto é, do domicílio do devedor fiduciante ou do procurador regularmente habilitado).

O § 3º do artigo 26 da Lei nº 9.514/97 permite que a interpelação seja realizada por meio de diligência realizada pelo próprio Oficial (na prática, de um de seus escreventes autorizados) ou por meio de carta registrada com aviso de recebimento. Num ou noutro

caso, é necessário que a interpelação seja pessoal ou dirigida a procurador regularmente habilitado, sob pena de nulidade por afronta à garantia fundamental do contraditório (artigo 5º, LV, da Constituição da República), que aqui atua reflexamente.

Não é demais esclarecer que a interpelação por outro meio não será nula, se atingir a finalidade de efetiva ciência do devedor (e de real possibilidade de reação), em homenagem à perspectiva instrumentalista, mais especificamente a seu aspecto negativo – a instrumentalidade das formas.

Sem embargo do que aqui é sustentado, cabe o registro de que em sentido oposto tem se orientado os julgados do Superior Tribunal de Justiça ao analisar a Execução Extrajudicial do Decreto-lei nº 911/69 (aplicado aos bens móveis), considerando válida a notificação entregue no endereço do devedor fiduciante, ainda que não tenha sido recebida pelo próprio devedor ou por seu procurador, presumindo-se que o recebimento por outra pessoa tenha sido autorizado pelo devedor<sup>23 24</sup>.

A purgação da mora, que deverá ser efetivada pelo devedor fiduciante no prazo de 15 (quinze) dias, deverá abranger “a prestação vencida e as que se vencerem até a data do pagamento, os juros convencionais, as penalidades e os demais encargos contratuais, os encargos legais, inclusive tributos, as contribuições condominiais imputáveis ao imóvel, além das despesas de cobrança e intimação” (§ 1º do artigo 26 da Lei nº 9.514/97).

O cônjuge do devedor deve ser interpelado, aplicando-se, por analogia, o artigo 669 do Código de Processo Civil, tendo em conta que a execução extrajudicial como um todo implica num ato de preparo da expropriação, tal qual a penhora na execução judicial por quantia certa contra devedor solvente.

Sendo o prazo de natureza civil (pois a purgação da mora é um instituto de direito civil) sua contagem segue o disposto no artigo 132 do Código Civil: exclui-se o dia do início da contagem e inclui-se o do vencimento.

---

<sup>23</sup> Conforme anota TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Código de processo civil anotado*. 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 825.

<sup>24</sup> É oportuno anotar, também, que a sistemática processual da demanda de busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente sofreu significativas mudanças, expressas no artigo 56 da Lei nº 10.931, de 2 de agosto de 2004.

Cabe uma palavra sobre o conteúdo da notificação. MELHIM NAMED CHALHUB<sup>25</sup> sustenta que “A carta-notificação deverá ser instruída com demonstrativo do débito, a exemplo do que prevêm os arts. 604 e 614 do Código de Processo Civil para o processo de execução judicial.”. Mas, com a vênia devida, é de rigor observar que tal exigência não está contida no artigo 26 da Lei do Sistema de Financiamento Imobiliário.

*Quid juris* se a notificação não for instruída com a planilha demonstrativa do débito? A julgar pela orientação adotada pelo Superior Tribunal de Justiça para os casos de alienação fiduciária de bens móveis (verbete nº 245 da Súmula de Jurisprudência Predominante: “A notificação destinada a comprovar a mora nas dívidas garantidas por alienação fiduciária dispensa a indicação do valor do débito.”), a tendência é considerar plenamente válida a notificação.

### 5.1.1. Interpelação do Devedor por Edital

Se, após a tentativa de interpelação pessoal, o devedor não for localizado, sendo desconhecido o seu paradeiro, cabe ao Oficial do Registro de Imóveis promover a interpelação por edital, publicado por três dias, em um dos jornais de maior circulação local ou noutro de comarca de fácil acesso, se no local não houver imprensa diária (§ 4º do artigo 26 da Lei nº 9.514/97). Mas fica registrada a ressalva de que o Superior Tribunal de Justiça pode considerar nula tal interpelação, se vier a adotar a mesma orientação que vem mantendo para as Execuções Extrajudiciais do Sistema Financeiro da Habitação.

Não há exigência de que as três publicações se dêem *no mesmo jornal*. Portanto, a nada obsta a que se realizem em jornais diferentes, desde que todos estejam compreendidos entre os maiores da localidade e tenham circulação diária.

Cabe o registro de que há precedente no Superior Tribunal de Justiça entendendo que, em execução extrajudicial, seria abusiva a intimação por edital, ainda que o devedor não tenha sido encontrado após tentativa de interpelação pessoal<sup>26</sup>:

---

<sup>25</sup> *Da incorporação imobiliária*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 346.

<sup>26</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 427.771/PR. Nezio Luiz Carminati e outro e Caixa Econômica Federal. Relator Ministro Aldir Passarinho Junior. 15 de agosto de 2002. Disponível em <www.stj.gov.br>. Acesso em 18 set. 2004.

*“Embora tenha se reconhecido na jurisprudência pátria a constitucionalidade do Decreto-lei n. 70/66, está ela rigidamente subsumida ao rigoroso atendimento de suas exigências pelo agente financeiro, já que, na verdade, ele se substitui ao próprio juízo na condução da execução. Assim, embora legítima, no processo judicial, a citação ou intimação editalícia, no extrajudicial não, porquanto no primeiro, ela só é feita após criteriosa análise, pelo órgão julgador, dos fatos que levam à convicção do desconhecimento do paradeiro dos réus e da impossibilidade de serem encontrados por outras diligências, além das já realizadas, enquanto na segunda situação, não; fica, tudo, ao arbítrio, justamente da parte adversa, daí as suas naturais limitações na condução da execução extrajudicial.”*

Salta aos olhos o caráter *contra legem* da interpretação conferida à Lei, que desprezou o preceito contido no § 2º do artigo 31 do Decreto-lei nº 70/66 e exigiu uma formalidade da execução judicial em um procedimento extrajudicial.

Ao apreciar os Embargos de Declaração interpostos contra esta decisão, o Tribunal os rejeitou sob o fundamento de que “há situações processuais que exigem formalidades que não foram delegadas ao exeqüente, sob pena de se prestigiar a arbitrariedade, em detrimento do direito de defesa”<sup>27</sup>.

O raciocínio contém duas premissas equivocadas: a primeira, a de considerar a Execução Extrajudicial como uma situação *processual*, quando, na verdade, se trata do exercício da *autotutela*; a segunda, a de que há *delegação* quando, na verdade, o credor exerce diretamente direito *próprio*, nada sendo delegado, nem a ele nem ao Agente Fiduciário.

As mesmas considerações feitas sobre o § 2º do artigo 31 do Decreto-lei nº 70/66 são pertinentes ao § 4º do artigo 26 da Lei nº 9.514/97.

---

<sup>27</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 427.771/PR. Nezio Luiz Carminati e outro e Caixa Econômica Federal. Relator Ministro Aldir Passarinho Junior. 13 de maio de 2003. Disponível em <www.stj.gov.br>. Acesso em 18 set. 2004.

## 5.2. Publicidade da Praça

Não havendo a purgação da mora, o Oficial do Registro de Imóveis, certificará o fato. Caberá, então, ao credor fiduciário recolher o Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis e ainda, se se tratar de imóvel foreiro, o laudêmio (caso o senhorio direto não deseje exercer seu direito de preferência na aquisição do domínio útil – artigos 683 e 686 do Código Civil de 1916 combinados com o artigo 2.038 do Código Civil de 2002).

Munido do título aquisitivo (escritura pública ou instrumento particular em que conste a alienação fiduciária em garantia do bem imóvel e certidão de não-purgação da mora), da guia de recolhimento do Imposto de Transmissão de Bens Imóveis e, se for o caso, da carta de autorização do senhorio direto (entregue mediante o pagamento do laudêmio), o credor fiduciário deverá requer o registro na matrícula do imóvel da consolidação da propriedade.

Obtido o registro, o credor fiduciário, dentro de trinta dias, deverá promover o “público leilão” para a alienação do imóvel (*caput* do artigo 27 da Lei nº 9.514/97).

A disposição é alvo da crítica de JOSÉ EDUARDO LOUREIRO<sup>28</sup>, por não haver qualquer sanção para a eventual inércia do credor fiduciário, ficando as conseqüências de sua recusa em promover o praxeamento restritas à eventual punição do Banco Central do Brasil (se o credor for instituição financeira) ou à condenação em demanda ajuizada pelo devedor fiduciante, objetivando o cumprimento da obrigação de fazer imposta em lei.

A crítica, embora procedente, não inviabiliza a normal utilização da Execução Extrajudicial. Fica a sugestão, *de lege ferenda*, da previsão de sanções à mora do credor em promover o praxeamento, como a imposição de encargos correspondentes aos estipulados no contrato para a mora do devedor fiduciante e a cessação da atualização monetária do débito, sem prejuízo das sanções administrativas cabíveis.

O leiloeiro público, às expensas do credor fiduciário, promoverá a publicação dos editais para realização do “público leilão”, no qual o imóvel será levado à Praça. A Lei nº 9.514/97 não contém qualquer disposição específica sobre as formalidades a serem cumpridas na Praça.

---

<sup>28</sup>Alienação Fiduciária de Coisa Imóvel. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 63, p. 86-95, jun. 2001.

Esta lacuna deve ser preenchida pelas partes na elaboração do instrumento contratual. De toda forma, a referência a “público leilão” deixa implícitos alguns requisitos formais mínimos, previstos no Decreto nº 21.981/32.

Do mencionado diploma legal destacam-se dois aspectos principais: o de que a Praça deve ser conduzida por leiloeiro público (artigo 19), e o de que a Praça só poderá ser realizada após a publicação do anúncio da oferta (edital), por três vezes, *no mesmo jornal*, contendo descrição clara do imóvel e das condições em que os lances serão aceitos (no caso da incorporação imobiliária, a assunção das obrigações relativas à construção da unidade autônoma), sob pena de nulidade (artigo 38).

O artigo 27 da Lei nº 9.514/97 nada dispõe sobre a necessidade de intimação do devedor-fiduciário para a realização da praça. De fato, tendo havido a consolidação da propriedade no patrimônio do credor-fiduciante e a extinção da dívida do devedor-fiduciário, não faria sentido adotar esta providência.

### **5.3. Necessidade de realização de segunda Praça e o problema do Lance Mínimo**

Segundo o § 1º do artigo 27 da Lei nº 9.514/97, haverá necessidade de segunda Praça, nos 15 (quinze) dias seguintes à primeira, se o maior lance obtido na primeira for inferior ao valor do imóvel, para esta hipótese estimado pelas partes (conforme o artigo 24, VI, da Lei nº 9.514/97, o instrumento contratual deverá conter “a indicação, para efeito de venda em público leilão, do valor do imóvel e dos critérios para a respectiva revisão”).

Quanto ao valor do lance mínimo, merece aplauso o cuidado da Lei em exigir que o contrato trate dos critérios para a revisão do valor do imóvel (cabe lembrar que a revisão não se confunde com a atualização monetária; a revisão ocorre em função de fatores de mercado que podem alterar sensivelmente o valor inicialmente estabelecido, ao passo que a atualização monetária sempre ocorrerá, respeitada a periodicidade mínima estabelecida na legislação monetária em vigor, para preservar o valor inicialmente estipulado).

É evidente que o valor ajustado pelas partes deve ser determinado (não cabendo, por exemplo, a disposição vaga de que o valor do imóvel corresponderá ao valor do saldo devedor apurado à época da Praça) e deverá corresponder ao valor de mercado

do imóvel, ressalvada a diferença, para mais ou para menos, que esteja compreendida dentro de patamar razoável, conjugando-se a autonomia privada com a boa-fé objetiva.

Será nula a cláusula que fixe valor que permita, por via reflexa, a arrematação por preço vil, em respeito ao direito fundamental de propriedade – propriedade não mais do imóvel, que passou ao patrimônio do credor fiduciário desde o momento da consolidação da propriedade, mas dos ativos representados pelas parcelas pagas pelo devedor até então, que lhe devem ser restituídos na medida em que houver saldo após a satisfação dos direitos creditórios.

Na segunda Praça será aceito o maior lance oferecido, ainda que inferior ao valor do imóvel, “desde que igual ou superior ao valor da dívida, das despesas, dos prêmios de seguro, dos encargos legais, inclusive tributos, e das contribuições condominiais” (§ 2º do artigo 27 da Lei nº 9.514/97). Embora a Lei seja silente, repita-se que não será admitida a arrematação possa se dar por *qualquer* valor, na medida em que o sistema processual repele a arrematação por preço vil.

#### **5.4. Destino do imóvel praceado**

A Lei do Sistema de Financiamento Imobiliário nada dispõe sobre a hipótese de não haver licitante na Praça. Diante da omissão, aplica-se, por analogia, o disposto no § 5º do artigo 27 da própria Lei nº 9.514/97 (a propriedade fica definitivamente consolidada no patrimônio do credor fiduciário e a dívida é considerada extinta).

Não é possível a remição, pois no momento da Praça já não há mais propriedade (ou domínio útil, se imóvel foreiro) a ser resgatada pelo devedor, que já a perdeu definitivamente no momento em que houve a consolidação no patrimônio do credor.

Se na segunda Praça o maior lance oferecido representar preço vil ou, embora não sendo considerado preço vil, se o maior lance for inferior ao valor do saldo devedor e das despesas (§§ 2º e 3º do artigo 27 da Lei nº 9.514/97), a propriedade (ou o domínio útil) consolida-se definitivamente no patrimônio do credor fiduciário, considerando-se extinta a dívida (§ 5º do artigo 27 da Lei nº 9.514/97), cabendo ao credor fiduciário dar quitação ao

devedor fiduciante no prazo de 5 (cinco) dias, mediante o termo próprio (§ 6º do artigo 27 da Lei nº 9.514/97).

Se o lance vitorioso atender às exigências legais, o imóvel deve ser transferido para o patrimônio do arrematante.

Ocorre que a Lei do Sistema de Financiamento Imobiliário não esclarece, contudo, qual o título hábil a ser levado ao Ofício de Registro de Imóveis: a carta de arrematação, a escritura pública ou mesmo um instrumento particular.

Diante da lacuna, seria razoável, a princípio, recorrer à analogia, sendo certo que o artigo 39, II, da Lei nº 9.514/97 determina o suprimento das lacunas pelo disposto no Decreto-lei nº 70/66. Segundo este diploma legal, o título hábil a ser levado a registro seria a carta de arrematação (artigo 37 do Decreto-lei nº 70/66).

Mas, embora esta solução obedeça, passo a passo, as regras hermenêuticas, ela não parece ser a mais correta, por afrontar a lógica que baseia uma questão elementar: se o próprio credor, que é o proprietário do imóvel, está presente ao ato, por que emitir uma carta de arrematação?

A melhor doutrina, ao analisar a sistemática da Lei de Condomínio e Incorporações, observa que cabe à Comissão de Representantes, na qualidade de procuradora do proprietário, promover a assinatura da escritura pública, ponderando que, já que não lhe faltam poderes para tanto, não há razão para não fazê-lo.

Ora, com muito maior razão caberá ao credor fiduciante, na qualidade de proprietário, assinar desde já a escritura pública<sup>29</sup>, se um Tabelião, ou escrevente autorizado, da comarca onde se realiza a Praça estiver presente<sup>30</sup>.

---

<sup>29</sup> A redação original do artigo 38 da Lei nº 9.514/97 permitia o uso de instrumento particular para ao caso presente, ao referir-se a “quaisquer outros atos e contratos resultantes da aplicação desta Lei, mesmo aqueles constitutivos ou translativos de direitos reais sobre imóveis, poderão ser celebrados por instrumento particular, a eles se atribuindo o caráter de escritura pública”, esta possibilidade havia sido eliminada pela nova redação dada pelo artigo 57 da Lei nº 10.931/2004, que restringia drasticamente a possibilidade de utilização do instrumento particular, por nítida influência da classe dos notários, que insistia numa suposta insegurança jurídica que seria gerada pela larga utilização de instrumentos particulares (“Art. 38. Os contratos de compra e venda com financiamento e alienação fiduciária de mútuo com alienação fiduciária, de arrendamento mercantil, de cessão de crédito com garantia real poderão ser celebrados por instrumento particular, a eles se atribuindo o caráter de escritura pública”). Felizmente, a antiga orientação foi revigorada, por força do artigo 53 da Lei nº 11.076, de 30 de dezembro de 2004 (“Art. 38. Os atos e contratos referidos nesta Lei ou resultantes da sua aplicação, mesmo aqueles que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis, poderão ser celebrados por escritura pública ou por instrumento particular com efeitos de escritura pública.”).

<sup>30</sup> Note-se: para a lavratura da escritura no ato da realização da Praça, o Tabelião deve ser da comarca, sob pena de nulidade da escritura pública, conforme disposto no artigo 9º da Lei nº 8.985/94 (“Art. 9º. O tabelião

Tudo pode ser resolvido imediatamente, no ato da arrematação, sem necessidade da assinatura de cinco testemunhas, de certificação da ausência ou recusa do devedor em assinar, dentre outras formalidades de que se reveste a carta.

### **5.5. Ordem de preferência no pagamento**

A Lei do Sistema de Financiamento Imobiliário não traz nenhuma disposição específica sobre a ordem de preferência no pagamento dos débitos, mas dispõe que suas lacunas devem ser preenchidas pela aplicação analógica da Lei da Cédula Hipotecária (artigo 39, II, da Lei nº 9.514/97: “Às operações de financiamento imobiliário em geral a que se refere esta lei (...) aplicam-se as disposições dos arts. 29 a 41 do Decreto-lei nº 70, de 21 de novembro de 1966”).

Portanto, a solução é a mesma de alhures: da conjugação do § 2º do artigo 32 com o artigo 33, ambos do Decreto-lei nº 70/66, conclui-se que primeiro devem ser pagas as despesas de anúncio e contratação da Praça (o que inclui a comissão do leiloeiro, as despesas com publicação de editais e o reembolso ao credor pelo pagamento das taxas devidas ao Ofício de Registro de Imóveis e, eventualmente, ao Ofício de Registro de Títulos e Documentos), os créditos das Fazendas Públicas e os prêmios de seguro do imóvel.

Embora a Lei seja omissa quanto à rigorosa ordem de pagamento, o mais coerente é que primeiro seja pago o leiloeiro, depois sejam compensadas as despesas cartorárias adiantadas pelo credor, seguindo-se a satisfação das Fazendas Públicas (observada a ordem de preferência estabelecida entre elas) e, por fim, a satisfação do credor fiduciário. Se houver saldo, deverá ser entregue ao devedor (§ 3º do artigo 32 do Decreto-lei nº 70/66).

A responsabilidade pelo pagamento dos débitos vinculados ao imóvel perante terceiros (cotas condominiais, prêmios de seguro e tributos), recai sobre o credor fiduciário,

---

de notas não poderá praticar atos de seu ofício fora do Município para o qual recebeu delegação.”). Isso não impede, todavia, que a escritura seja lavrada posteriormente, em comarca diversa, conforme disposto no artigo 8º da mesma Lei nº 8.985/94 (“Art. 8º. É livre a escolha do tabelião de notas, qualquer que seja o domicílio das partes ou o lugar de situação dos bens objeto do ato ou negócio.”).

que recebe diretamente o produto da arrematação, decorrendo desta posição o dever de promover a partilha dos valores, respeitando a ordem de preferências.

Cumpra observar que o credor fiduciário poderá deduzir do eventual saldo a ser entregue ao devedor fiduciante o montante necessário ao “pagamento dos impostos, taxas, contribuições condominiais e quaisquer outros encargos que recaiam ou venham a recair sobre o imóvel, cuja posse tenha sido transferida para o fiduciário (...) até a data em que o fiduciário vier a ser imitado na posse”.

Não é demais lembrar que, se for necessário ajuizar a competente demanda judicial, a data da imissão na posse será a data do efetivo cumprimento da decisão judicial, e não a data de sua prolação ou publicação.

Segundo o § 4º do artigo 24 da Lei nº 9.514/97, o credor fiduciário tem o prazo de 5 (cinco) dias para entregar ao devedor fiduciante o eventual saldo que lhe couber.

*Quid iuris* se o devedor fiduciante não houver desocupado o imóvel nos cinco dias que sucederem à Praça e for apurado, até aquele momento, um saldo a ser-lhe entregue?

Se o devedor fiduciante é responsável pelos tributos e demais despesas relacionados ao imóvel até a sua efetiva desocupação, até que esta ocorra não terá sido concluída a apuração do *quantum debeatur* do saldo a ser entregue. Sem revestir-se de liquidez e certeza, o saldo não é exigível pelo devedor fiduciante.

O credor fiduciário poderá, portanto, reter o eventual saldo até então apurado e continuar a descontar deste saldo o montante necessário ao pagamento das despesas e tributos que, afinal de contas, ele tem o dever de pagar (embora assim o faça por conta do devedor). É recomendável incluir no contrato de compra e venda com alienação fiduciária uma cláusula prevendo este direito de retenção, de forma a que o devedor fique desde já ciente das conseqüências de sua recalcitrância, o que deve desestimulá-lo a assim agir.

Caso esta medida não seja adotada, o credor fiduciário (em caso de consolidação da propriedade) ou o terceiro adquirente (em caso de arrematação) deverão mover demanda judicial para a satisfação do direito de regresso que lhes assistirá se

efetuarem o pagamento das despesas e tributos a cargo do devedor<sup>31</sup> ou mesmo para compeli-lo ao pagamento delas.

É interessante anotar, ainda, que o artigo 32 da Lei nº 9.514/97 torna a Execução Extrajudicial imune à falência ou insolvência civil do devedor (“Na hipótese de insolvência do fiduciante, fica assegurada ao fiduciário a restituição do imóvel alienado fiduciariamente, na forma da legislação pertinente”).

O dispositivo legal poderia ter sido mais explícito, seguindo o exemplo de seu congêneres na Lei da Cédula Hipotecária.

De qualquer forma, não há margem para dúvidas quanto ao seu alcance: se a imunidade à insolvência ou falência já era assegurada naquela Lei, onde a propriedade do imóvel integra o patrimônio do devedor, com maior razão a imunidade à insolvência ou falência deve ser reconhecida aqui, onde a constituição da propriedade fiduciária transfere o bem, em caráter resolúvel, para o patrimônio do credor.

## 5.6. Reintegração na posse do imóvel

Nos termos do artigo 30 da Lei nº 9.514/97, é admissível a propositura de demanda objetivando a reintegração na posse desde a data da consolidação da propriedade no patrimônio do credor fiduciário, devendo ser concedida medida liminar para efetivar esta reintegração, na qual será concedido ao devedor fiduciante o prazo de 60 (sessenta) dias para desocupação do imóvel.

É pertinente observar que, de fato, trata-se de *reintegração na posse* e não de *imissão na posse*, como anota VILSON RODRIGUES ALVES<sup>32</sup> forte na premissa de que, resolvido o contrato pelo inadimplemento do devedor fiduciante, opera-se a deterioração de seu título de posse, daí se caracterizando o esbulho, o que autoriza o credor fiduciário (que, além de proprietário, sempre conservou a posse mediata do bem) ou o terceiro

---

<sup>31</sup> Afinal, zelar pelo pagamento dos tributos e despesas interessa principalmente ao credor fiduciário ou ao terceiro adquirente na medida em que lhe interessa manter seguro e em situação civil e fiscal regular o imóvel que passou a integrar seu patrimônio.

<sup>32</sup> *Alienação Fiduciária em Garantia: as ações de busca e depósito, a impossibilidade de prisão civil do devedor*. Campinas: Millennium, 1998.

arrematante, que se sub-rogará na posição do credor fiduciário, a mover a demanda reintegratória.

Até que ocorra a efetiva desocupação, o devedor fiduciante deverá pagar ao credor fiduciário ou ao terceiro arrematante uma taxa de ocupação, por mês ou fração, correspondente a um por cento do valor estipulado no contrato para o imóvel, montante este “computado e exigível desde a data da alienação em leilão até a data em que o fiduciário, ou seus sucessores, vier a ser imitado na posse do imóvel”.

No silêncio da Lei nº 9.514/97 a respeito da forma de cobrança deste montante, aplica-se, por analogia, o artigo 38 do Decreto-lei nº 70/66, que prevê a cobrança pela via executiva<sup>33</sup>.

### **5.7. Extinção da dívida ou cobrança do remanescente**

Na Execução Extrajudicial da Lei nº 9.514/97 não existe a possibilidade de cobrança de remanescente da dívida. Isto porque uma de duas: ou o imóvel é arrematado, no mínimo, pelo valor da dívida e das despesas (§§ 1º e 2º do artigo 27 da Lei nº 9.514/97) ou o imóvel passa a integrar o patrimônio do credor em caráter definitivo, extinguindo-se a obrigação (§ 5º do artigo 27 da Lei nº 9.514/97). Num ou noutro caso, a dívida estará extinta com a consumação da Execução Extrajudicial.

---

<sup>33</sup> Considerando que a fixação do valor dependerá de mera operação aritmética, daí defluindo a liquidez, certeza e exigibilidade do título da consolidação da propriedade ou de sua aquisição (no caso de arrematação por terceiro), está caracterizado um título executivo extrajudicial (artigo 585, II e VII, do Código de Processo Civil).

# A DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO NA EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 45<sup>1</sup>

**Walter dos Santos Rodrigues**

*Advogado. Professor Auxiliar da Universidade Estácio de Sá. Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito e Sociologia da Universidade Federal Fluminense. Especialista em Direito Processual Civil pelo Centro de Extensão Universitária. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro.*

**PALAVRAS-CHAVE:** Morosidade do Judiciário; Razoável duração do processo; Emenda constitucional n.º45/2004.

**Sumário.** 1. Saudação inicial. 2. A morosidade da prestação jurisdicional: *Um problema antigo e universal*. 3. Fatores que contribuem para a morosidade da Justiça: *A diversidade de causas*. 4. A elaboração normativa do direito ao processo sem dilações indevidas: *Da Convenção Européia de Direitos Humanos para a Emenda Constitucional n.º 45*. 5. Natureza jurídica do direito à duração razoável do processo: *Seria uma garantia sem eficácia?* 6. Tipologia dos critérios para a aferição do tempo de duração do processo: *Como quantificar o prazo razoável?* 7. Considerações finais. Bibliografia citada.

**Resumo:** Iniciando com breves notícias históricas e dados comparativos do estrangeiro sobre a lentidão da prestação jurisdicional, além de uma enumeração das causas deste problema, a presente comunicação discorrerá sobre as influências normativas próximas ou diretas que redundaram na consagração do direito ao processo num prazo razoável no texto da Emenda Constitucional n.º 45/2004, a natureza jurídica desse direito e a eficácia dessa norma constitucional, para ao final apresentar duas classificações, uma relativa aos critérios de mensuração da duração dos processos e outra aos critérios de ponderação desta duração.

---

<sup>1</sup> Transcrição corrigida, modificada e ampliada, também com a inserção de notas, da conferência proferida pelo autor na sessão Tribuna Livre da 9.ª Conferência dos Advogados do Estado do Rio de Janeiro, em 21 de maio de 2005.

## 1. Saudação inicial

Prezado Senhor Presidente Dr. Odilardo Alves, Prezado Senhor Secretário Dr. Renato de Almeida, demais integrantes da mesa e caro público presente no Auditório Lyda Monteiro: Bom dia. Inicialmente, gostaria de agradecer ao Departamento de Documentação e Pesquisa da Ordem dos Advogados do Brasil da Seção do Estado do Rio de Janeiro, na pessoa de sua diretora, Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Rosângela Lunardelli Cavallazzi, pela oportunidade de comentar na 9.<sup>a</sup> Conferência dos Advogados do nosso Estado, uma inovação trazida pela Emenda Constitucional n.º 45, promulgada em 8 de dezembro de 2004 e que entrou em vigor na data de sua publicação no Diário Oficial da União, em 31 de dezembro de 2004, conhecida por todos aqui presentes como a Emenda da Reforma do Judiciário. Trata-se de um acréscimo ao inciso LXXVIII do artigo 5.º, que assegura a razoável duração do processo.

## 2. A morosidade da prestação jurisdicional: *Um problema antigo e universal*

O problema da demora na prestação jurisdicional é um problema conhecido por todos nós, atuais e futuros advogados aqui presentes. Às vezes, pensamos que a morosidade é um fato novo ou localizado. Algo comum aos tempos atuais, contemporâneo às sociedades industrializadas e de consumo de massa, ou então um problema próprio de países com processo de democratização recente. Mas isso não é verdade.

Segundo Albacar Lopez<sup>2</sup> o Império Romano, no período pós-clássico do seu Direito, que transcorreu dos reinados de Diocleciano até Justiniano, entre o século III e VI da era cristã, já enfrentou esse tipo de problema.

No início do séc. XIV, sob o pontificado do Papa Clemente V, foi criado um procedimento sumário para acelerar o julgamento de determinadas causas pelos tribunais eclesiásticos. A decretal ficou conhecida como *Clementina Saepe*. O procedimento ali

---

<sup>2</sup> LOPEZ, José Luis Albacar. La durata e il costo del processo nell'ordinamento spagnolo, trad. it. Gigliola Funaro, RTDPC, 1983 (3): 1096 apud TUCCI, José Rogério Cruz e. Dano moral decorrente da excessiva duração do processo. In: \_\_\_\_\_. *Temas polêmicos de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 93.

instituído e as técnicas então adotadas foram analisados por vários estudiosos e influenciaram inúmeras legislações ao longo dos tempos<sup>3</sup>.

Sérgio Bermudes<sup>4</sup>, no seu livro de introdução ao estudo do Direito Processual Civil, descreve uma representação da deusa da Justiça bastante expressiva. Diz que a estátua da deusa *Themis*, que se encontra no palácio de Justiça de Paris, além da tradicional venda nos olhos, tem um dos pés pousado sobre uma tartaruga, como querendo expressar que, por mais que o Judiciário procure ser imparcial, não consegue deixar de ser lento.

Em um artigo publicado já há algum tempo, Hugo de Brito Machado<sup>5</sup> conta que perguntou a um juiz de Atlanta quanto tempo gastava um processo para percorrer todas as instâncias judiciais nos Estados Unidos. Esse juiz respondeu que se o demandante tivesse muita sorte seus filhos veriam o resultado do pleito, se não talvez os seus netos.

A Itália, considerada a pátria dos mais importantes processualistas da história – ou pelo menos daqueles com maior influência no Brasil –, é o país europeu que apresenta os piores índices de demora na prestação jurisdicional, e por essa razão, é o país membro da União Européia que recebeu o maior número de condenações da Corte Européia de Direitos Humanos por danos causados pela dilação indevida. Só em 2002 foram 289 condenações, a maioria pela morosidade de processos cíveis<sup>6</sup>.

Há um livro recente, de Arno Wehling e Maria José Wehling<sup>7</sup>, que, apoiados em documentos da época – que vão desde documentos oficiais até obras literárias – colacionam vários relatos sobre a justiça administrada no Brasil Colônia. Da sua leitura se depreende que já enfrentávamos o problema da lentidão do judiciário antes mesmo do nosso nascimento como nação independente.

Já nos inícios do Brasil República, o Ministro Carlos Maximiliano reclamava que a lentidão nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal era culpa do próprio tribunal, que

---

<sup>3</sup> MADERO, Luis. El proceso contencioso oral en el codex iuris canonici de 1983. Separata de: *Ius Canonicum*, Navarra: Instituto Martin de Azpilcueta, Universidad de Navarra, v. XXIV, n. 47, 1984, p. 198-201.

<sup>4</sup> BERMUDES, Sérgio. *Introdução ao processo civil*. Rio de Janeiro: Forense. 2. ed. 1996, p. 89-90.

<sup>5</sup> MACHADO, Hugo de Brito. Morosidade, formalismo e ineficácia das decisões judiciais: Uma sugestão para a revisão constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: ano 30, n. 120, out./dez. 1993, p. 119.

<sup>6</sup> TARUFO. Recent and Current Reforms of Civil Procedure in Italy. 2003 apud MOREIRA, José Carlos Barbosa. A duração dos processos: Alguns dados comparativos. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre: Síntese, ano V, v. 5, n. 29, mai./jun. 2004, p. 31 e 34.

<sup>7</sup> WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. *Direito justiça no Brasil colonial: O Tribunal da Relação do Rio de Janeiro (1751-1808)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

se transformava numa terceira instância por força de tanto ampliar a sua competência para conhecer e julgar em grau de recurso extraordinário<sup>8</sup>. Muitos anos mais tarde, em 1975, o também Ministro do STF, Rodrigues de Alckmin (então relator da Comissão sobre a Reforma do Poder Judiciário do mesmo tribunal) destacava que o retardamento dos processos e a ineficácia na execução dos julgados eram antigas e generalizadas queixas dos advogados<sup>9</sup>.

Poderia continuar enumerando outros casos, dados e exemplos, mais ou menos recentes, daqui ou do estrangeiro, mas acredito que já foi possível entender que o problema da demora nos julgamentos é um problema antigo e generalizado, que não assola apenas o Brasil dos últimos tempos.

### **3. Fatores que contribuem para a morosidade da Justiça: *A diversidade de causas***

Na tentativa de apontar quais são as causas possíveis da lentidão do judiciário, muitos juristas já fizeram várias enumerações. Para esta exposição, gostaria de falar de sete fatores que ocasionam a morosidade dos tribunais.

O primeiro destes fatores é o desaparelhamento dos órgãos judiciais de primeira instância. Um desaparelhamento que não é apenas a carência de instrumentos materiais ou a inadequação de certas instalações de trabalho, mas a carência de funcionários qualificados e até mesmo de juízes qualificados, porque estão em número insuficiente para o volume de trabalho, ou porque não foram devidamente recrutados e treinados.

Outro fator indicado é o formalismo exagerado de várias normas processuais, que transformam o processo judicial num fim em si mesmo e acabam complicando o seu trâmite ao invés de simplificá-lo. Esse problema, sim, pode ser atacado de maneira satisfatória através de reformas legislativas.

Essas duas seriam as causas principais, desse que seria o mal maior do

---

<sup>8</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Commentarios à constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1918, p. 611 apud MACIEL, Adhemar Ferreira. *Considerações sobre as causas do emperramento do judiciário*. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 25, n. 97, jan./mar. 2000, p. 18.

<sup>9</sup> AMARAL, Luiz Otavio de Oliveira. *Reforma do Judiciário: algumas premissas e novos paradigmas*. out. 1998. Disponível em: <<http://www.acordabrasil.com.br/artigo08.htm>>. Acesso em: 9 jan. 2003.

Judiciário, no entendimento de Carlos Mário Velloso<sup>10</sup>.

O terceiro fator seria o excesso de recursos judiciais, que é apresentado pela mídia como o *vilão da estória*. Para Luis Guilherme Marinoni<sup>11</sup> o duplo grau de jurisdição não seria garantia constitucional, nem tão pouco princípio fundamental de justiça, sendo uma irracionalidade nos processos onde predomina a oralidade ou nos casos mais simples e nos casos de reexame obrigatório, um mal necessário. Mas isso não é ponto pacífico. Para Moniz de Aragão<sup>12</sup> precisamente a redução de recursos, além do aumento da quantidade de juízes e tribunais são o exemplo típico de soluções fáceis e falaciosas.

Comentava há pouco com o meu colega Dr. Robert Lee Segal, enquanto esperávamos o início desta sessão, que enfrentamos hoje no Brasil um problema difícil, mas instigante: a partir do processo de redemocratização do país, da crescente recuperação da consciência e do exercício da cidadania, da influência das *ondas* de acesso à justiça e da ampliação dos instrumentos jurídicos de proteção dos direitos com a Constituição de 1988, com o aparecimento de normas regulando o processo coletivo, os julgados de pequenas causas e os direitos dos consumidores, houve um *boom* de litigiosidade. A litigiosidade, outrora contida, explodiu<sup>13</sup>. E o Poder Judiciário não estava preparado para isso. Esse é o quarto fator da morosidade dos tribunais.

Um outro fator, o qual considero também bastante instigante, é o desprestígio da sentença do juiz de primeira instância<sup>14</sup>. A nossa cultura jurídica tem a tendência de não valorizar esse tipo de decisão. Nós temos, infelizmente, o mau hábito – perdoem-me, mas eu também me incluo nesse círculo de pessoas e, portanto, faço aqui um *mea culpa* – de, diante de uma derrota, consolamos os nossos clientes dizendo com toda naturalidade: “Não tem problema, nós vamos recorrer da sentença”. Ou seja, nós sequer refletimos se realmente aquela sentença foi ou não uma decisão justa para aquele caso.

---

<sup>10</sup> VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Problemas e soluções na prestação da justiça. *Arquivos do Ministério da Justiça*, Brasília: Ministério da Justiça, ano 44, n. 177, jan./jun. 1991, p. 62-63.

<sup>11</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Garantia da tempestividade da tutela jurisdicional e duplo grau de jurisdição. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (coord.). *Garantias Constitucionais do Processo Civil*. 1.ª ed. 2.ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 232-233.

<sup>12</sup> ARAGÃO, E. D. Moniz de. Estatística judiciária. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 28, n. 110, abr./jun. 2003, p. 12.

<sup>13</sup> VELLOSO, Carlos Mário da Silva. O poder judiciário: Como torná-lo mais ágil e dinâmico: Efeito vinculante e outros temas. Caderno de estudos. Separata de: *In Verbis*, Rio de Janeiro: Instituto dos Magistrados do Brasil, ano 4, n. 11, 1998, p. 153. e VIANNA, Luiz Werneck *et al.* *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999, *passim*.

<sup>14</sup> VELLOSO, Carlos Mário da Silva. O poder judiciário: Como torná-lo mais ágil e dinâmico: Efeito vinculante e outros temas. Caderno de estudos. Separata de: *In Verbis*, Rio de Janeiro: Instituto dos Magistrados do Brasil, ano 4, n. 11, 1998, p. 160-161.

O sexto fator são os defeitos ou a defasagem da regulamentação do processo de execução<sup>15</sup>. Tanto é assim que, atualmente, tem sido o novo foco da Reforma do Código de Processo Civil. Nas reformas anteriores percebia-se uma maior atenção ao processo de conhecimento. E então assistimos ao surgimento de mecanismos como a antecipação de tutela. Agora, a grande preocupação do processualista é a reforma do processo de execução, porque sem a realização prática da decisão judicial não há como se falar numa efetiva prestação jurisdicional dentro de um prazo razoável.

E, por último, um fator que considero muito relevante, é o fato de nós possuímos um Estado demandista<sup>16</sup>. E essa é uma das grandes causas do emperramento de judiciário, particularmente da Justiça Federal. É a União Federal quem não cumpre as decisões judiciais e recorre abusivamente, lançando mão de vários subterfúgios para protelar o cumprimento das decisões judiciais. E não só a União como também os Estados-membros da Federação e os Municípios. Ora, quando o próprio Estado, especificamente órgãos do Poder Executivo, coopera para o desmantelamento de um outro Poder, o Poder Judiciário, com efeito, estamos diante de uma situação bastante crítica.

Poderíamos acrescentar uns e excluir outros dentre os fatores arrolados. De fato, trata-se de uma lista meramente exemplificativa, sem a pretensão de estabelecer um elenco hierarquizado, taxativo e exaustivo.

Mas seja como for, é possível reparar que há pluralidade de causas para a demora da Justiça. Há algumas questões de ordem técnica-jurídica, outras de ordem física, material e financeira. Há algumas questões de ordem estrutural e institucional, outras de ordem funcional, relativas ao recrutamento, seleção, formação, atuação e desempenho de seu corpo de profissionais. Há ainda questões de ordem política que envolvem a variedade de opções político-administrativas viáveis e as disputas entre interesses corporativos e individuais. Sem falar das questões de ordem cultural e social, que dizem respeito à mentalidade, aos valores e ao papel desempenhado pelos atores sociais envolvidos.

Logo, diante da multiplicidade de causas não é possível resolver o problema atacando apenas uma delas. Em outras palavras, a solução para o problema da delonga

---

<sup>15</sup> GRECO, Leonardo. A execução e a efetividade do processo. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 24, n. 94, abr./jun. 1999, p. 35-36 e GRECO, Leonardo. A crise do processo de execução. In: FIÚZA, César Augusto de Castro; SÁ, Maria de Fátima Freire de; DIAS, Ronaldo Brêtas C. (Org.). *Temas atuais de Direito Processual Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 212-213.

<sup>16</sup> GRECO, Leonardo. O acesso ao direito e à justiça. *Revista Jurídica da UNIRONDON*, Cuiabá: Faculdades Integradas Cândido Rondon, n. 1, mar. 2001, p. 14 et seq.

dos processos não é única e não se esgota apenas pela via legislativa.

#### **4. A elaboração normativa do direito ao processo sem dilações indevidas: Da Convenção Européia de Direitos Humanos para a Emenda Constitucional n.º 45**

De onde vem o instituto da duração razoável do processo e como ele foi inserido no nosso texto constitucional? Existem dois antecedentes normativos muito importantes: o primeiro é a Convenção Americana de Direitos Humanos e o segundo é a Convenção Européia para Salvaguarda dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais.

A Convenção Americana de Direitos Humanos, chamada de Pacto de São José da Costa Rica, foi adotada e aberta à assinatura em 22 de novembro de 1969. Adquiriu eficácia internacional em 18 de julho de 1978. Em 26 de maio de 1992 foi aprovada mediante o Decreto n.º 27 pelo Congresso Nacional. Em 25 de setembro do mesmo ano foi depositada a Carta de Adesão. E no dia 9 de novembro subsequente foi promulgada mediante o Decreto n.º 678 e definitivamente incorporada ao sistema jurídico brasileiro. Ali consigna no seu artigo 8.º, 1, o direito de toda pessoa a ser ouvida por juiz ou tribunal dentro de um prazo razoável<sup>17</sup>.

Portanto, antes do advento da Emenda Constitucional n.º 45, o direito à duração razoável do processo já fazia parte do ordenamento jurídico nacional.

A Convenção Européia para Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, ainda que não tenha repercutido diretamente sobre nós, teve muita importância, pois foi ela que, subscrita em Roma no dia 4 de novembro de 1950 – muito antes do Pacto de São José da Costa Rica –, estabeleceu expressamente no seu artigo, 6.º, 1, o direito de toda a pessoa a ter a sua causa examinada por um tribunal num prazo razoável<sup>18</sup>.

Mais tarde, essa inovação legislativa inspirou a criação jurisprudencial de critérios de medição e valoração da duração dos processos no âmbito do Tribunal Europeu

---

<sup>17</sup> GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos Fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 109-110. e TUCCI, José Rogério Cruz e. *Garantia do processo sem dilações indevidas*. In: \_\_\_\_\_ (coord.). *Garantias Constitucionais do Processo Civil*. 1.ª ed. 2.ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 258.

<sup>18</sup> *ibid.*, p. 238.

de Direitos Humanos, o que, em minha opinião, revolucionou toda a questão da duração razoável do processo, como veremos dentro em breve.

Foi o Instituto Brasileiro de Direito Processual quem sugeriu a inclusão da garantia da duração razoável do processo no texto constitucional, após a apresentação do Substitutivo Aloysio Nunes Pereira à, então, Proposta de Emenda Constitucional 96-A de 1992. Na Moção encaminhada ao Relator da proposta de Emenda da Reforma do Judiciário (dentre outros parlamentares), aprovada nas III Jornadas Brasileiras de Direito Processual Civil, realizadas em Salvador, de 14 a 18 de junho de 1999, cujas propostas, elaboradas por comissão constituída pela diretoria conforme delegação dos participantes, estão datadas de 12 de julho do mesmo ano, sugeria explicitamente (dentre outras propostas) a previsão da garantia da duração razoável do processo, em consonância com Pacto de São José da Costa Rica<sup>19</sup>.

O Substitutivo Zulaiê Cobra, publicado em 13 de setembro de 1999, acolheu, sem mencionar expressamente o IBDP, esta e outras sugestões formuladas (mas não todas)<sup>20</sup>.

Após longa e conturbada tramitação no Congresso – chegou a existir 17 PECs sobre o judiciário tramitando no Senado Federal no ano 2000 – foi aprovado um dos quatro projetos remanescentes, o de n.º 29/2000, que se transformou na Emenda Constitucional n.º 45/2004 – que alterou o inciso LXXVIII do artigo 5º e muitos outros dispositivos –, promulgada em 8 de dezembro de 2004 e que entrou em vigor na data de sua publicação no Diário Oficial da União, em 31 de dezembro de 2004<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PROCESSUAL. Proposta de Emenda ao Substitutivo Aloysio Nunes Ferreira à Proposta de Emenda Constitucional 96-A de 1992. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 24, n. 96, out./dez. 1999, p. 114.

<sup>20</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. A reforma do Poder Judiciário. Contribuição do Instituto Brasileiro de Direito Processual - IBDP. *Revista do Advogado*, São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, ano XXIV, n. 75, abr. 2004, p. 11.

<sup>21</sup> LENZA, Pedro. *Reforma do Judiciário: Emenda Constitucional n 45-2004: Esquematização das principais novidades*. *Comunidadejuridica.com*, São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, ano II, n. 31, fev. 2005. Disponível em: <<http://www.comunidadejuridica.com/conteudo/newsletter/edicoes/031/>>. Acesso em: 19 mar 2005.

## 5. Natureza jurídica do direito à duração razoável do processo: *Seria uma garantia sem eficácia?*

Mas, no que consiste assegurar a todos a razoável duração do processo? Seria uma garantia, um princípio ou um direito? E qual seria a eficácia dessa norma constitucional?

Antes mesmo da existência da Emenda Constitucional n.º 45/2004, parte da doutrina já entendia que o direito à tutela jurisdicional tempestiva estava fundamentado no princípio da inafastabilidade da apreciação do judiciário. Era o caso de Marinoni<sup>22</sup>. Outra parte vislumbrava a razoável duração do processo como uma decorrência da cláusula do devido processo legal. Era o caso de Cruz e Tucci<sup>23</sup> e de Marcelo Lima Guerra<sup>24</sup>. Esses dois também entendiam a duração razoável do processo como um direito fundamental, em virtude do § 2.º do artigo 5.º da Constituição Federal<sup>25</sup>. E Marcelo Lima Guerra ainda definiu esse direito dizendo que: “é razoável toda a duração do processo que seja decorrente do indispensável respeito aos direitos fundamentais em jogo, sobretudo os processuais”<sup>26</sup>.

Não serei eu quem irá colocar um ponto final nessa discussão. Aliás, com a inclusão de forma expressa da duração razoável do processo no texto constitucional, acredito que a partir de agora os debates a respeito da sua natureza jurídica aumentarão.

Seja como for, pode se dizer que o entendimento majoritário é no sentido de considerá-lo como um direito fundamental. E isso é muito importante para que possamos considerar, agora, a questão da eficácia dessa norma.

Qual é o problema que se avizinha? O risco de tal norma ser considerada meramente programática e, portanto, sem eficácia imediata. Sendo uma norma programática, como poderíamos exigir no caso concreto a sua observância?

O problema é complexo porque, como já vimos hoje, essa demora decorre de uma série de fatores que não podem ser resolvidos necessariamente pelas vias

---

<sup>22</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Garantia da tempestividade da tutela jurisdicional e duplo grau de jurisdição. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (coord.). *Garantias Constitucionais do Processo Civil*. 1.ª ed. 2.ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 218-220

<sup>23</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantia do processo sem dilações indevidas. In: *ibid.*, p. 259-260.

<sup>24</sup> GUERRA, op. cit., p. 105 et seq.

<sup>25</sup> TUCCI, op. cit., 1999, p. 257-259. e GUERRA, op. cit., p. 109.

<sup>26</sup> *ibid.*, p. 107.

legislativas. Então como dotar essa norma de eficácia concreta?

A doutrina já percebeu a dificuldade que se aproxima. Flávio Luiz Yarshell<sup>27</sup> aduziu crítica contundente a respeito. Peço licença para lê-la:

“É ingenuidade ou desconhecimento supor que problema de tal complexidade possa ser resolvido como uma penada do legislador que, por melhor técnica que tivesse (e nem sempre tem), não seria capaz de, mantidas as condições estruturais do sistema, alterar a realidade das coisas ‘por decreto’ [grifos no original].

De qualquer forma, a promessa está lá estampada [referindo-se ao texto do projeto de emenda constitucional] e parece ser necessário determinar, quando menos cogitar, quais seriam os ‘meios que garantam a celeridade’ [grifos no original] prometida pelo texto constitucional. Por outras palavras, é pertinente indagar, em termos concretos, como terá o legislador pretendido assegurar, a partir do que já vigora e do que virá a vigorar, uma ‘duração razoável do processo’ [grifos no original]. Ou em palavras mais diretas: estaremos nós diante de mais uma disposição meramente programática, desprovida de efetividade, de eficácia prática e de sanção, para a hipótese de descumprimento?”

Como se pode notar, a situação não é simples. Onde encontrar uma solução? O que eu gostaria de propor – e voltarei a essa idéia no final desta conferência, mas já adianto agora – é o seguinte: mesmo que essa norma não nos traga mecanismos práticos para a aceleração dos processos, trata-se de uma norma que deve ser encarada, especialmente pelos advogados, como um direito fundamental e de aplicabilidade imediata, sob pena de perdermos o *trem da história*. Nós demos um passo à frente, com a Emenda Constitucional n.º 45, mas somente esse passo não basta. É preciso ainda trilhar novos caminhos. E para ajudar a percorrê-los – e com isso retomamos o assunto –, creio que os critérios fixados pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos podem nos ajudar.

---

<sup>27</sup> YARSHELL, Flávio Luiz. A reforma do judiciário e a promessa de “duração razoável do processo”. *Revista do Advogado*, São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, ano XXIV, n. 75, abr. 2004, p. 28.

## 6. Tipologia dos critérios para a aferição do tempo de duração do processo: *Como quantificar o prazo razoável?*

Como já disse aqui, esses critérios que trago agora – e em virtude do adiantado da hora vou discorrer muito brevemente sobre eles –, foram elaborados pela Corte de Estrasburgo, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, e servem para dimensionar e sopesar a duração dos processos, na tentativa de descobrir qual é a duração razoável. Eu apenas procurei adaptá-los e organizá-los<sup>28</sup>. São os seguintes:

1) Critérios para o cálculo da duração do processo:

- a) Termo inicial como a data da distribuição da petição inicial;
- b) Exclusão do procedimento administrativo prévio de natureza não jurisdicional, não realizado por autoridade judicial e não obrigatório;
- c) Exclusão da arbitragem do tempo de duração do processo executivo posterior;
- d) Consideração em sua totalidade dos processos bifásicos, com pluralidade de decisões sucessivas, com sentença parcial ou com cisão do julgamento do mérito;
- e) Exclusão do tempo de duração do processo penal anterior no caso de execução civil da sentença condenatória;
- f) Inclusão do tempo de duração do processo penal concomitante ao processo civil de conhecimento;
- g) Inclusão do procedimento de liquidação de sentença, da fase recursal e do processo de execução;
- h) Inclusão dos períodos de suspensão do curso dos prazos e dos processos;

---

<sup>28</sup> RODRIGUES, Walter dos Santos. *Duração razoável do processo: Estudo de caso do processo executivo fiscal federal em Niterói*. Niterói, 2004. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas e Sociais) - Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito, Universidade Federal Fluminense. Niterói, 2004, passim. Dissertação orientada pela Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Gizlene Neder e co-orientada pelo Prof.<sup>o</sup> Dr.<sup>o</sup> Leonardo Greco. A banca examinadora foi composta também pela Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Maria Arair Pinto Paiva. Aproveito o ensejo para renovar os meus agradecimentos a estes professores.

i) Termo final como a data do trânsito em julgado da sentença no processo de conhecimento ou da intimação da sentença extintiva do processo de execução.

2) Critérios para a avaliação da duração dos processos:

a) Possibilidade de aferição da duração de processos em curso;

b) Impossibilidade da fixação de prazo máximo de duração *a priori*;

c) Critério da complexidade da causa;

d) Critério das complexidades estruturais:

i) Quanto ao procedimento;

ii) Quanto às vicissitudes do processo;

iii) Quanto à organização do órgão judicial.

e) Critério da expectativa das partes;

f) Critério do comportamento das partes;

g) Critério da atuação das autoridades judiciais;

h) Critério da somatória dos prazos legais.

Como vocês podem perceber, alguns critérios são bastante intuitivos. Como por exemplo, o primeiro que diz que o termo inicial de contagem do tempo de duração do processo é o momento da distribuição da petição inicial. Nada mais lógico.

Outros, nem tanto assim. Como por exemplo, o segundo que determina a exclusão, da contagem do tempo de duração de um processo judicial, do tempo gasto com alguns procedimentos de natureza não jurisdicional que possam ocorrer antes. Neste ponto, para que fique mais claro o que estou querendo dizer, explicarei com dois exemplos: no caso do procedimento administrativo para a imposição de uma multa de trânsito, logicamente, o tempo gasto com este procedimento não deve ser contado para o cálculo da duração do eventual processo de anulação ou cobrança posterior. Todavia, o tempo que o trabalhador é obrigado a gastar na comissão de conciliação prévia, como o nome diz, anterior ao julgamento de sua reclamação trabalhista na Justiça do Trabalho, esse sim, deve ser considerado no cálculo da duração do processo.

Neste sentido, também se exclui o tempo gasto com a arbitragem para o cômputo da duração do processo executivo posterior – já estamos falando do terceiro critério –, afinal de contas a arbitragem tem natureza privada, não pública.

Quarto critério: A consideração de todos os procedimentos, de todas as fases que eventualmente o processo possa percorrer. Lembro os senhores, como exemplo, a ação de exigir contas, que se desenvolve num procedimento bifásico, inclusive com duas sentenças. Para o cálculo de sua duração, temos que incluir esses dois momentos. Não podemos dividi-la ao meio. Não podemos descartar nenhuma vicissitude do itinerário efetivamente percorrido. Essa mesma lógica inspira também o sétimo e o oitavo critérios.

Quinto critério: A exclusão do tempo de duração do processo penal anterior, no caso de execução civil de sentença condenatória. A exclusão deve ser feita sob pena de incluirmos o mesmo tempo tanto para o cálculo da duração do processo penal, como para o cálculo da duração do processo civil.

Todavia – e agora passamos a falar do sexto critério –, tratando-se de ação civil prévia ou concomitante a ação penal, caso o autor peça a suspensão do primeiro processo, para aguardar o resultado do segundo processo, esse tempo gasto com o processo penal será incluído no cálculo da duração do processo civil.

Por último, a definição do termo final de duração do processo não é com o trânsito julgado da decisão, mas com a real entrega do bem ou do direito à parte. Somente assim nós podemos considerar encerrado o processo. Ainda que haja uma sentença que encerre o processo de conhecimento, se ainda não houve a execução desse julgado, não se encerram o processo e a sua duração, senão até a efetiva entrega do bem ou do direito, devendo o intervalo entre o trânsito em julgado e a entrega efetiva do bem ou direito ser incluído no cálculo da duração razoável do processo.

A Corte de Estrasburgo ainda utiliza outros critérios para avaliar a duração dos processos. Não somente para medir, mas também para analisar e concluir pela razoabilidade ou não de sua duração. Infelizmente, o tempo já se esgota, e não poderei me deter sobre eles. Espero voltar numa outra ocasião para falar sobre este tema, os critérios de medição e análise da duração dos processos elaborados pela jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, os quais considero muito interessantes e pouco estudados.

## 7. Considerações finais

Mas como esses critérios estão relacionados com a eficácia dessa norma constitucional? Temos, diante de nós, uma oportunidade única. Temos agora, sem mais nenhuma sombra de dúvida, o direito fundamental à duração razoável do processo assegurado constitucionalmente. Poderíamos até admitir que esse direito não disponha de eficácia imediata, não consubstancia uma verdadeira garantia. Contudo, o que eu queria propor aqui é a adoção de uma postura semelhante ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

A Corte de Estrasburgo em demandas de responsabilização civil do Estado pela demora da prestação jurisdicional, conseguiu distinguir as diferentes causas da morosidade por meio desses critérios e firmou o entendimento de que os problemas estruturais – tais como o excesso de processos a serem julgados, a carência de juízes e a falta de recursos técnicos e materiais –, não configuram justificativa plausível que isente os Estados de proporcionar uma justiça rápida e eficaz.

Também nós temos que buscar a celeridade e não podemos admitir qualquer tipo de justificativa para a demora. Nós, muitas vezes, nos acostumamos à seguinte desculpa: “Doutor, o seu processo está atrasando um pouco devido ao grande volume de autos que existem nessa serventia”. E ouvimos isso com toda naturalidade, encarando como uma justificativa razoável para a morosidade.

A Corte de Estrasburgo não pensa assim. A Corte de Estrasburgo condenou reiteradamente, dentre outros países, Portugal, Espanha e Itália, como já foi dito, a indenizar as vítimas pela demora na prestação jurisdicional, dizendo que isso não constitui razão para a morosidade do judiciário. Se há problemas estruturais, se há problemas financeiros, o Estado deve buscar a sua resolução. Precisamente isso não pode servir como desculpa.

É com essa mentalidade que devemos, especialmente nós advogados, encarar o problema. Somente assim conseguiremos dar efetividade a essa norma constitucional. E assim como aconteceu no Tribunal Europeu de Direitos Humanos, nós poderemos também criar critérios para medir e avaliar a duração dos processos. É o que eu gostaria de deixar

bem claro, agora no final desta conferência: a necessidade da construção jurisprudencial de mecanismos que dêem eficácia plena a essa nova norma constitucional.

Meus caros colegas, a jurisprudência, como nós já sabemos, é construída, em primeiro lugar, por nós advogados. É a nossa argumentação, especialmente em nossas petições iniciais, que serve de subsídio para que os juízes profiram as suas decisões.

Para encerrar, ilustro o que quero dizer com uma história e uma citação. Um amigo meu de São Paulo uma vez me disse algo mais ou menos assim: *Quando eu vou fazer uma pesquisa de jurisprudência, fico pensando como seria bom estudar também as petições iniciais para aprender como os advogados influenciaram aqueles juízes.*

E por fim, eu gostaria de citar apenas um pensamento de Péguy que disse acreditar mais na eficácia daquelas *revoluções moleculares* que atuam por dentro das estruturas, tentando antes aprimorá-las do que destruí-las. Acho que uma revolução molecular pode começar a partir de agora, com nós mesmos, se no exercício da nossa atividade profissional, usando das nossas prerrogativas, desempenhando nossas funções com ética, lutarmos por dar eficácia a essa nova norma constitucional, o que será também uma maneira de estender a cidadania. Muito obrigado pela atenção.

## **BIBLIOGRAFIA**

AMARAL, Luiz Otavio de Oliveira. *Reforma do Judiciário*: algumas premissas e novos paradigmas. out. 1998. Disponível em: <<http://www.acordabrasil.com.br/artigo08.htm>>. Acesso em: 9 jan. 2003.

ARAGÃO, E. D. Moniz de. Estatística judiciária. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 28, n. 110, p. 9-18, abr./jun. 2003.

BERMUDES, Sérgio. *Introdução ao processo civil*. Rio de Janeiro: Forense. 2.<sup>a</sup> ed. 1996, p. 89-90.

GRECO, Leonardo. A crise do processo de execução. In: FIÚZA, César Augusto de Castro; SÁ, Maria de Fátima Freire de; DIAS, Ronaldo Brêtas C. (Org.). *Temas atuais de Direito Processual Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, cap. 10, p. 211-286.

\_\_\_\_\_. A execução e a efetividade do processo. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 24, n. 94, p. 34-66, abr./jun. 1999.

\_\_\_\_\_. O acesso ao direito e à justiça. *Revista Jurídica da UNIRONDON*, Cuiabá: Faculdades Integradas Cândido Rondon, n. 1, p. 11-32, mar. 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A reforma do Poder Judiciário. Contribuição do Instituto Brasileiro de Direito Processual - IBDP. *Revista do Advogado*, São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, ano XXIV, n. 75, p. 7-16, abr. 2004.

GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos Fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PROCESSUAL. Proposta de Emenda ao Substitutivo Aloysio Nunes Ferreira à Proposta de Emenda Constitucional 96-A de 1992. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 24, n. 96, p. 113-123, out./dez. 1999.

LENZA, Pedro. *Reforma do Judiciário: Emenda Constitucional n 45-2004: Esquematização das principais novidades*. Comunidadejuridica.com, São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, ano II, n. 31, fev. 2005. Disponível em: <<http://www.comunidadejuridica.com/conteudo/newsletter/edicoes/031/>>. Acesso em: 19 mar 2005.

MACHADO, Hugo de Brito. Morosidade, formalismo e ineficácia das decisões judiciais: Uma sugestão para a revisão constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: ano 30, n. 120, p. 119-123, out./dez. 1993.

MACIEL, Adhemar Ferreira. Considerações sobre as causas do emperramento do judiciário. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 25, n. 97, p. 17-26, jan./mar. 2000.

MADERO, Luis. El proceso contencioso oral en el codex iuris canonici de 1983. Separata de: *Ius Canonicum*, Navarra: Instituto Martin de Azpilcueta, Universidad de Navarra, v. XXIV, n. 47, p. 197-291, 1984.

MARINONI, Luiz Guilherme. Garantia da tempestividade da tutela jurisdicional e duplo grau de jurisdição. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (coord.). *Garantias Constitucionais do Processo Civil*. 1.ª ed. 2.ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. cap. 7, p. 207-233.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A duração dos processos: Alguns dados comparativos. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre: Síntese, ano V, v. 5, n. 29, p. 28-36, mai./jun. 2004.

RODRIGUES, Walter dos Santos. *Duração razoável do processo*: Estudo de caso do processo executivo fiscal federal em Niterói. Niterói, 2004. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas e Sociais) - Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito, Universidade Federal Fluminense. Niterói, 2004.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Dano moral decorrente da excessiva duração do processo. In: \_\_\_\_\_. *Temas polêmicos de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1990. cap. VIII, p. 93-103.

\_\_\_\_\_. Garantia do processo sem dilações indevidas. In: \_\_\_\_\_. (coord.) *Garantias Constitucionais do Processo Civil*. 1.<sup>a</sup> ed. 2.<sup>a</sup> tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, cap. 8, p. 232-262.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. O Poder Judiciário: Como torná-lo mais ágil e dinâmico: Efeito vinculante e outros temas. Caderno de estudos. Separata de: *In Verbis*, Rio de Janeiro: Instituto dos Magistrados do Brasil, ano 4, n. 11, p. 153-164, 1998.

\_\_\_\_\_. Problemas e soluções na prestação da justiça. *Arquivos do Ministério da Justiça*, Brasília: Ministério da Justiça, ano 44, n. 177, p. 61-90, jan./jun. 1991.

VIANNA, Luiz Werneck *et al.* *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. *Direito justiça no Brasil colonial*: O Tribunal da Relação do Rio de Janeiro (1751-1808). Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

YARSHELL, Flávio Luiz. A reforma do judiciário e a promessa de “duração razoável do processo”. *Revista do Advogado*, São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, ano XXIV, n. 75, p. 28-33, abr. 2004.