



REVISTA
ELETRÔNICA
DE
DIREITO
PROCESSUAL

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

Patrono: José Carlos Barbosa Moreira

ISSN 1982-7636

www.redp.com.br

Ano 3. Volume III

Janeiro a Junho de 2009

Rio de Janeiro

SUMÁRIO

TUTELA JUDICIAL DO CRÉDITO

PAULO CEZAR PINHEIRO CARNEIRO..... 4

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. VIOLAÇÃO INDIRETA DA CONSTITUIÇÃO. ILEGITIMIDADE DA ALTERAÇÃO PONTUAL E CASUÍSTICA DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

LUÍS ROBERTO BARROSO..... 13

OS JUIZADOS ESPECIAIS COMO TUTELA DIFERENCIADA

LEONARDO GRECO..... 29

OS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS E O E-PROCESS: O EXAME DAS GARANTIAS PROCESSUAIS NA ESFERA VIRTUAL

HUMBERTO DALLA BERNARDINA DE PINHO

MÁRCIA MICHELE GARCIA DUARTE..... 48

LA MEDIACIÓN: MÉTODO DE RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS EN EL PROCESO CIVIL ESPAÑOL

HELENA SOLETO MUÑOZ 66

ANÁLISE CRÍTICA DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA ORALIDADE

BIANCA DE OLIVEIRA FARIAS 89

REFLEXÕES SOBRE A ORALIDADE NO PROCESSO ELETRÔNICO

BRUNO DA COSTA ARONNE..... 109

INQUÉRITO POLICIAL, DEMOCRACIA E CONSTITUIÇÃO – MODIFICANDO PARADIGMAS

BRUNO VINÍCIUS DA RÓS BODART..... 125

A RELEITURA DO ENUNCIADO Nº 33 DA SÚMULA DO STJ

ELAYNE MARIA SAMPAIO RODRIGUES MAHLER 137

O PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ E O JULGAMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

FLÁVIA PEREIRA HILL..... 154

SENTENÇA LIMINAR DE IMPROCEDÊNCIA EM DEMANDAS SERIADAS

GUILHERME KRONENBERG HARTMANN..... 168

O TRIBUNAL DO JÚRI COMO GARANTIA FUNDAMENTAL, E NÃO COMO MERA REGRA DE COMPETÊNCIA: UMA PROPOSTA DE REINTERPRETAÇÃO DO ART. 5º, XXXVIII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA

IORIO SIQUEIRA D’ALESSANDRI FORTI..... 178

A JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES E A CAIXA-PRETA DO PREQUESTIONAMENTO

ISABEL GODOY SEIDL 197

DISTRIBUIÇÃO DE COMPETÊNCIAS NO PROCESSO EXECUTIVO PORTUGUÊS REFORMADO

LEONARDO FARIA SCHENK 210

ASPECTOS DA ELEIÇÃO DE FORO INTERNACIONAL

RAFAEL BARUD CASQUEIRA PIMENTA 224

JUSTIÇA RESTAURATIVA: UM NOVO CONCEITO

RAFAEL GONÇALVES DE PINHO 242

A MEDIAÇÃO E O INTERESSE PÚBLICO AMBIENTAL

SIDNEY ROSA DA SILVA JUNIOR 269

TUTELA JUDICIAL DO CRÉDITO

PAULO CEZAR PINHEIRO CARNEIRO

Professor Titular de Teoria Geral do Processo na Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – Uerj. Procurador de Justiça (aposentado) do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Advogado. Membro do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual.

INTRODUÇÃO

O crédito se constitui pela transferência de valores de uma pessoa, aqui em sentido lato, para outra, mediante remuneração, nas condições pactuadas. A remuneração consiste, basicamente, no pagamento de juros que variam de acordo com uma série de circunstâncias e elementos, dentre os quais destacamos, pela sua importância, o risco de mercado, decorrente da desvalorização da quantia objeto do crédito, e o risco de crédito, que resulta da possibilidade de o credor não receber o que lhe é devido.

Em uma economia livre, o crédito representa o coração dos mercados financeiros, os quais dependem fundamentalmente da regulação jurídica, advinda do Direito das Obrigações, para funcionarem adequadamente, permitindo assim que a economia nacional se desenvolva de forma estruturada. Para que se tenha uma idéia da importância das operações de créditos realizadas pelo Sistema Financeiro Nacional, pode-se afirmar que praticamente um terço do PIB brasileiro é sustentado por estas.

Daí porque, a necessidade de estabilidade jurídica nas relações de crédito entre o credor e o devedor. Qualquer desequilíbrio em favor de uma destas partes poderá acarretar forte abalo na economia nacional. Se a favor do credor, a inadimplência tenderá a ficar extremamente elevada, ao mesmo tempo em que a tomada de crédito diminuirá sensivelmente. Do outro lado, o favorecimento do devedor implicará na restrição do crédito com o aumento da taxa de juros para compensar eventual desequilíbrio. Nenhuma destas situações interessa para qualquer uma das partes dessa relação jurídica.

Pode-se afirmar que a concepção liberal da liberdade contratual – “vale o que está escrito” – se encontra de há muito em declínio, com o fim do mito da igualdade formal. Hoje, a preocupação do legislador se volta basicamente para a valorização e a proteção do consumidor em geral.

Neste sentido, em um breve resumo, temos a Constituição Federal a prever: que “o Estado promoverá na forma da lei, a defesa do consumidor” (artigo 5º, XXXII) e o princípio da ordem econômica (artigo 170). Atendendo ao disposto no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (artigo 48), foi promulgado o Código de Defesa do Consumidor, que, entre tantas outras questões, definiu as práticas abusivas dos fornecedores do mercado de consumo (artigo 39), bem como as cláusulas contratuais abusivas (artigo 51), impondo-lhes a sanção de nulidade. Tal diploma ainda concede *benesses* ao consumidor, partindo da premissa de que este representa o

contratante mais frágil. Assim, prevê a restituição do indébito em dobro (artigo 42, parágrafo único) e o direito de desistir do contrato, no prazo de sete dias, quando a contratação se der fora do estabelecimento comercial (artigo 49). Por fim, dispõe sobre o dever de informação ao consumidor, na outorga de crédito ou concessão de financiamento (artigo 52).

Pelo mesmo espírito, influenciou-se, inclusive, o novo Código Civil, consagrando o princípio da boa-fé nos contratos (artigo 113) e a responsabilidade civil objetiva de quem desenvolva normalmente atividade de risco (artigo 927, parágrafo único). Além disso, trouxe do micro-sistema do Direito Consumerista para o Direito Comum positivado o instituto da resolução contratual por onerosidade excessiva (artigo 478).

A conseqüência da mudança do paradigma – e aqui não se pretende discutir se as instituições financeiras estão ou não ao abrigo do Código do Consumidor, se as normas de proteção são adequadas ou não – representa um aumento vertiginoso de demandas judiciais. A busca desses direitos, relegados no passado e que não mereceram a adequada proteção, resultou na explosão de uma litigiosidade, até então contida. De certa forma, o favorecimento do credor, economicamente forte, cede lugar, em um primeiro momento, ao consumidor. Atualmente, a jurisprudência, notadamente dos tribunais superiores, vem procurando encontrar um ponto de equilíbrio.

Tal balanceamento, de sorte a manter intacta a economia de que antes se falou, dependerá certamente do Poder Judiciário, especialmente da estabilidade dos julgados dessas milhões de ações que correm no País.

Não caberia neste pequeno trabalho, e nem é o seu propósito, discutir teses jurídicas. O que se pretende é apontar questões, notadamente de natureza processual, que merecem uma maior reflexão visando alcançar, minimamente que seja, uma maior segurança para as partes nas relações creditícias.

Podemos resumi-las a cinco questões: a primeira, a correta e adequada informação de como funciona o Sistema Financeiro; a segunda, como devem ser formalizados os créditos *vis-à-vis* a sua exequibilidade, com especial atenção para a contratação de operações financeiras sem o encontro pessoal do credor e do devedor, mediante a transferência automática de dados pelo telefone, Internet, caixas automáticos, TEDs, etc.; a terceira, o direito probatório em geral, priorizando o estudo da inversão do ônus da prova; a quarta, o problema da tutela coletiva, notadamente em decorrência da restrição da coisa julgada aos limites territoriais nos quais o juiz da causa exerce o seu ofício; a quinta, uma proposta de exame do instrumento do conflito de competência como meio adequado para garantir uma melhor uniformização das decisões, privilegiando a segurança jurídica.

A) INFORMAÇÃO DE COMO FUNCIONA O SISTEMA

É imensa a dificuldade que tem um operador do direito em geral – advogado, promotor de justiça, juiz – quando não conhece como funciona o sistema onde se encontra inserida sua causa. Nos dias de hoje, em plena época de globalização, com a rapidez que o mercado exige nos negócios, a facilidade dos meios de comunicação e a concentração da economia no

fornecimento de produtos e serviços, fica extremamente difícil, se não impossível, que o técnico possa dominar todas as matérias jurídicas resultantes de fatos que decorrem destas situações, tais como: o funcionamento do sistema de telefonia em geral, do sistema financeiro, especialmente das taxas de juros, o sistema de seguro, notadamente de saúde e outros como tais.

Não é rara a possibilidade de determinada decisão judicial repercutir de tal sorte no sistema, que ele possa, até mesmo, correr risco de sério comprometimento ou mesmo de se tornar inviável. Imaginem uma decisão que pudesse comprometer as empresas de telefonia a tal ponto, que não se interessassem mais em prosseguir operando as concessões que receberam no passado, com as regras do jogo já definidas à época¹. Do mesmo modo, uma decisão que impedisse, ou melhor, restringisse os juros para o máximo de 12% ao ano², ou impedisse a capitalização de juros em período inferior a um ano³, causaria impacto de tal ordem no mercado financeiro, especialmente porque os riscos advindos de cada um dos contratos de crédito, diferentes entre si e com riscos variados, de pequeno a altíssimo grau, inviabilizaria uma série de operações de crédito, comprometendo a economia nacional.

Atualmente, somente a informação de como, na realidade, cada micro sistema funciona poderá permitir um julgamento seguro, estável e mais próximo possível da justiça, sem favorecer o credor economicamente forte, e, conseqüentemente, alcançando aquele equilíbrio tão desejado, de sorte a manter o sistema viável, no qual o consumidor é tão interessado quanto o credor. A TV Justiça, as escolas da magistratura e a própria Escola Nacional da Magistratura, notadamente nos dias de hoje, com a tecnologia existente que permite a um só tempo a transmissão de dados, voz e imagem de um seminário, por exemplo, daqui para todo o Brasil, podem, unidas, permitir que a informação chegue a quem precisar dela.

A especialização com a criação de varas próprias também poderia ser um caminho para uma apreciação mais adequada daquela causa específica, assegurando maior possibilidade de justiça e segurança nas relações jurídicas⁴.

Outra vertente relacionada também com a informação, de como funciona cada contrato de crédito, deve, igualmente, servir de norte para os contratantes em geral, instituições financeiras ou não, de tal sorte que o tomador do “empréstimo” saiba exatamente quais são as suas responsabilidades, encargos, como funcionam os juros, possibilidades de modificações da regra do

¹ Especificamente quanto a um aspecto desta situação, o Superior Tribunal de Justiça proferiu recente decisão, mantendo a validade da cláusula contratual de reajuste constante dos contratos originários de concessão, ao mesmo tempo em que assegurou igual princípio em relação aos contratos de interconexão entre as mesmas empresas do ramo, dispensando o pagamento dos reajustes quando eles não foram exigidos dos consumidores.

² Em relação a essa matéria, consolidada é a posição dos tribunais no sentido de que as instituições financeiras não se limitam à taxa de juros de 12% ao ano. Nesse sentido, sumulou o Supremo Tribunal Federal: “As disposições do Dec. 22.626/33 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas que integram o sistema financeiro” (Súmula 596). Note-se, ademais, que mesmo a previsão constitucional de limitação dos juros à taxa em comento foi revogada pela Emenda Constitucional nº 40/2003. O revogado artigo 192, § 3º, da Constituição Federal, como manifestou o Supremo Tribunal Federal em diversas ocasiões, não era auto-aplicável (ver, v.g., AI-AgR 187.925/MG, 1ª Turma, rel. Min. Moreira Alves, DJ 27/08/99; AI-AgR 234.907/RS, 2ª Turma, rel. Min. Mauricio Correa, DJ 05/11/99).

³ Atualmente, o tema encontra-se praticamente superado pela Medida Provisória 2.170-36/2001 (com vigência prorrogada pela Emenda Constitucional nº 32), fruto das reedições da Medida Provisória 1.963-17/2000, cujo art. 5º autorizou a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano, em operações das instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional.

⁴ A propósito, a partir de 2004, foram criadas em Santa Catarina as Varas de Direito Bancário, órgãos jurisdicionais especializados em matéria bancária.

jogo e assim por diante. Quanto melhor e mais adequadas forem as informações, menor será o risco de inadimplemento ou de eventuais ações judiciais, não temerárias, propostas pelo devedor.

B) A FORMALIZAÇÃO DOS CRÉDITOS E A SUA EXEQUIBILIDADE

A formação de títulos executivos pelas instituições financeiras e seus devedores é uma questão muito importante do ponto de vista prático: pode ou não facilitar a realização do crédito. Quanto maior for a segurança do credor, resultante de um documento apto a permitir, de logo, o processo de execução em caso de inadimplemento, maior será a rapidez e, portanto, a facilidade para o interessado tomar o crédito.

Muitas vezes os títulos de crédito formados nessas relações são desacreditados, apenas por desconfiança em relação às instituições financeiras⁵. Não é raro o rebaixamento do que poderia ser um título executivo a um simples documento hábil a ensejar a monitória.

Situação interessante, e que está na ordem do dia, diz respeito à celebração de negócios por telefone ou meios eletrônicos (Internet, caixas eletrônicos, TEDs, etc.). Aqui, temos em primeiro lugar, a dificuldade em caracterizar se o registro dessas operações pode ser classificado como documento. Seriam eles aptos a ensejar prova documental? O documento como se sabe é uma representação material de um ato humano, sendo certo que o suporte da representação não precisa ser o papel necessariamente⁶. Na hipótese temos o suporte mecânico, magnético, ótico, fotossensível, entre outros.

A considerá-las como documento, como de fato são⁷, é preciso verificar se tais informações digitalizadas atrairiam as mesmas normas que regulam o documento tradicional, inclusive as que tratam da sua autenticidade.

Em primeiro lugar, surge a questão da assinatura, que hoje é encarada como prova de manifestação da vontade em relação ao signatário de documento particular escrito (artigo 368 do Código de Processo Civil) e requisito para alguns títulos executivos. Não seria nenhum absurdo pensarmos mais seriamente na questão da assinatura digital (pelo sistema de chaves públicas, com auxílio de identificação digital ou pelos olhos), que vai sendo implementada e que é até mais segura

⁵ Nesse sentido, a Súmula 258, do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual “a nota promissória vinculada a contrato de abertura de crédito não goza de autonomia em razão da iliquidez do título que a originou”. Entretanto, é interessante notar como a Lei 10.931/2004, em seu artigo 28, autoriza, expressamente, a execução das cédulas de crédito bancário, ainda que não indiquem uma soma em dinheiro, desde que estejam acompanhadas de demonstrativos dos lançamentos em conta corrente, a caracterizar a liquidez do crédito exequendo.

⁶ Nas palavras de Carnelutti, “*perciò documento è una cosa in quanto serve a rappresentare un'altra*” (“*Sistema di diritto processuale civile*”, vol. I, Padova, Cedam, 1936, p 691).

⁷ Segundo José Rogério Cruz e Tucci, “sob o prisma probatório, os negócios gerados pela internet podem perfeitamente ser catalogados como espécie de prova proveniente de documento” (“Eficácia probatória dos contratos celebrados pela internet”, publicado na Revista Forense nº 353, Rio de Janeiro, 2001, página 205). É também a opinião de Davi Monteiro Diniz, que atribui ao arquivo digital os efeitos de um documento particular (“Documentos eletrônicos, assinaturas digitais: um estudo sobre a qualificação dos arquivos digitais como documentos”, publicado na Revista de Direito Privado, nº 6, RT, São Paulo, 2001, página 74). A propósito, a *Recommendation on the Legal Value of Computer Records*, elaborada pela UNCITRAL em 1985, patenteou que os meios eletrônicos de autenticação podem até oferecer maior garantia do que a tradicional assinatura (maiores detalhes em www.uncitral.org).

que a assinatura escrita⁸.

A recente modificação sofrida pelo Código de Processo Civil, em razão da Lei 12.280/2006, trata da matéria, de certa maneira, dando nova redação ao artigo 154, parágrafo único, *verbis*: “os tribunais, no âmbito da respectiva jurisdição, poderão disciplinar a prática e a comunicação oficial dos atos processuais por meios eletrônicos, atendidos os requisitos de autenticidade, integridade, validade jurídica e interoperabilidade da Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP-Brasil⁹”. Ora, se a documentação eletrônica pode servir de base para a prática e comunicação dos importantes atos processuais, por que não admiti-la como título executivo ou, quando menos, documento escrito apto a ensejar o cabimento de ação monitoria, desde que atendam aos mesmos requisitos de autenticidade exigidos pelo citado artigo?

Assim, uma leitura atualizada das normas concernentes ao documento poderia conduzir-nos à conclusão de que a assinatura digital é apta a atribuir a alguém a autoria do documento particular, nos termos do artigo 371, do Código de Processo Civil. Ainda nesse enfoque, ao documento eletrônico deve ser reconhecida a idoneidade que tem o escrito para a formação dos títulos executivos ou, quando menos, para o cabimento da ação monitoria.

C) DIREITO PROBATÓRIO. A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

A prova, possivelmente, é o mais importante instituto do Direito Processual. É através dela que os fatos relevantes para a causa são reconstituídos. Quanto mais precisa for a reconstituição, maior será a probabilidade de que o vencedor do litígio seja aquele que efetivamente tenha razão (“o bom direito”).

Nesse contexto, a distribuição do ônus da prova entre as partes assume papel fundamental. A regra geral – artigo 333, do Código de Processo Civil – é muito simples. Ela indica, de um lado, o autor da ação como responsável pela prova do fato constitutivo do seu direito e o réu como responsável pela prova dos fatos extintivos, modificativos ou impeditivos do direito do autor, por uma razão óbvia: a facilidade que cada parte terá para fazer a prova de tais fatos. Quem afirma ser o detentor de um direito de crédito em face de alguém, por evidente, deve demonstrar tal fato, da mesma forma que a quitação de uma dívida, em regra, só poderá ser comprovada por aquele em face de quem se exige o crédito.

⁸ Na Itália, o Decreto de 10/11/1997 regulamentou a validade e eficácia de documentos informáticos, destacando-se seu artigo 5º, cuja tradução, do Professor José Rogério Cruz e Tucci, aqui se transcreve: “1. O documento informático, subscrito com firma digital a teor do art. 10, tem eficácia de escrito privado segundo o art. 2.702 do Código Civil. 2. O documento informático munido dos requisitos exigidos no presente regulamento tem eficácia probatória prevista pelo art. 2.712 do Código Civil e satisfaz a obrigação prevista nos arts. 2.214 e segs. do Código Civil e de qualquer outra análoga determinação legislativa ou regulamentar” (obra citada, página 205). Nos Estados Unidos, a legislador também tem se ocupado de tal matéria, destacando-se o Utah Digital Signature Act. De acordo com Davi Monteiro Diniz, “nos Estados Unidos, várias unidades federadas já legislaram sobre a matéria. Como exemplos diferenciados, citaremos aqui o Estado de Utah, cuja legislação pioneira igualou, de forma generalizada, os efeitos da assinatura digital devidamente certificada aos de uma assinatura manual. Já o Estado da Califórnia não lhes emprestou o mesmo efeito de modo obrigatório, subordinado o seu uso à aquiescência daqueles que assim o desejarem” (obra citada, páginas 76-77).

⁹ Em 28/06/2001, foi publicada a Medida Provisória nº 2.200, instituindo a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP-Brasil e dando outras providências. Seu texto foi alterado algumas vezes e resta atualmente em vigor, com a numeração 2.200-2, de 24/08/2001. Modernamente, é possível atestar não só a autenticidade da assinatura, como também a própria integridade do documento, através da criptografia assimétrica, com a existência de duas chaves distintas para cada participante na cadeia comunicativa (uma pública e outra privada). Nesse sentido, o trabalho do Professor Antonio do Passo Cabral, “A eficácia probatória das mensagens eletrônicas”, apresentada à congregação da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, onde se encontra arquivado.

Excepcionalmente, pode ocorrer na prática – pouco importa a razão – que aquele a quem a lei atribui o ônus de provar o fato relevante do seu direito tenha grande dificuldade em fazê-lo, enquanto a parte contrária poderia desincumbir-se da produção da prova com muito mais facilidade. Nessa hipótese, deverá o juiz determinar a inversão do ônus da prova de sorte a possibilitar que o processo se desenvolva dentro de um necessário equilíbrio (“de armas”), para que seja alcançado o resultado mais justo possível, fim maior da função jurisdicional.

A possibilidade da inversão do ônus da prova não é um privilégio exclusivo dos litígios que envolvam direito do consumidor, como parece a alguns, em razão da redação do artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, que permite ao juiz determinar tal inversão em benefício do consumidor, quando verossímil a alegação ou quando ele for hipossuficiente.

Tal fenômeno pode ocorrer em qualquer tipo de processo, pois as regras sobre distribuição do ônus da prova devem coadunar-se com os princípios que regem o Direito Processual. É impossível assegurar a igualdade das partes e o devido processo legal, à medida que se exija de uma das partes algo que ela não possa fazer, e ao mesmo tempo sujeitá-la a uma decisão desfavorável em decorrência dessa situação. Seria uma iniquidade¹⁰.

A propósito do tema em questão, é o próprio Código de Processo Civil que proíbe às partes que a convenção sobre a distribuição do ônus da prova possa tornar excessivamente difícil a uma delas o exercício do direito (artigo 333, parágrafo único, II).

Ora, se a lei proíbe, no campo do direito disponível, a convenção que possa resultar em excessiva dificuldade para uma das partes produzir a prova de fatos relevantes, como admitir que o legislador possa distribuir o *onus probandi* dessa maneira?

Na realidade, o Código do Consumidor nada mais fez do que enfatizar a possibilidade da inversão do ônus da prova e, ao mesmo tempo, sinalizou que essa situação tende, na prática, a ocorrer com mais frequência nas relações de consumo. Não basta que haja verossimilhança nas alegações ou que, simplesmente, o consumidor seja hipossuficiente. Continua sendo necessário, ou melhor, indispensável, que ele tenha dificuldade para produzir a prova que lhe incumbe por força de lei. Aceitar raciocínio diverso seria exigir do réu, muitas vezes, a prova de fato que ele não tem como fazer, pouco importando a verossimilhança das alegações da parte contrária ou mesmo a sua hipossuficiência.

D) A TUTELA COLETIVA

A regulamentação da tutela coletiva no Brasil representa uma das maiores conquistas para os seus cidadãos. A nossa lei sobre a ação civil pública, em conjunto com os artigos do Código de Defesa do Consumidor que a ela se incorporaram, e vice-versa, representa um dos melhores e mais eficientes textos existentes na nossa legislação. Porém, determinadas mudanças, especialmente a do artigo 16, da Lei 7.347/85, passaram a prejudicar sua eficiência, a estabilidade dos julgados e a própria segurança de relações jurídicas de âmbito nacional.

¹⁰ A esse respeito, veja-se o nosso trabalho “Acesso à justiça: uma nova sistematização da teoria geral do processo”, 2ª edição, segunda tiragem, Forense, Rio de Janeiro, 2004.

O dispositivo legal anteriormente citado, que pretende limitar o âmbito da coisa julgada aos limites territoriais do local nos quais o juiz prolator da sentença exerce o seu ofício, tem ocasionado um sem-número de ações civis públicas, repetidas, exatamente com o mesmo fundamento e pedido em centenas de comarcas de inúmeros Estados, para tratar de idêntica situação jurídica de âmbito nacional.

Cuida-se de dispositivo de absoluta inconstitucionalidade¹¹. Além de contrariar a garantia constitucional de uma tutela jurisdicional adequada – inferida do artigo 5º, XXXV, CF e a própria razão de ser da tutela coletiva – desafia os princípios da igualdade e da proporcionalidade, bem como possui vício constitucional formal, por resultar de Medida Provisória sobre matéria processual, portanto sem os requisitos de relevância e urgência¹². Acrescente-se que é incompatível com a unidade de jurisdição – inerência da soberania nacional – ao fazer crer que os juízes só exerçam jurisdição em suas comarcas ou seções judiciárias.

Ademais, não é preciso nenhum esforço para verificar, por exemplo, o caos que seria causado no mercado financeiro em geral se a justiça limitasse a taxa de juros, ou proibisse a capitalização deles em determinados Estados da Federação, enquanto que em outros tivesse entendimento totalmente oposto. Da mesma forma, seria caótico se, em determinados Estados, o Judiciário proibisse as companhias concessionárias de telefonia de cobrar do assinante a assinatura básica ou mesmo de reajustar as tarifas, e em outros não. As distorções daí decorrentes, que poderiam causar a ruptura daquele próprio sistema, não interessam, a toda evidência, a nenhuma das partes – fornecedores, prestadores de serviços ou mesmo os próprios consumidores.

Não se pretende demonstrar aqui, nem é esta a pretensão do trabalho, que a cobrança da assinatura básica ou mesmo o reajuste das tarifas sejam medidas corretas, legais ou, muito menos, sustentar que os juros possam ser capitalizados e não devam ser limitados a nenhum percentual específico. O que se preconiza é que os princípios constitucionais processuais e seus respectivos institutos sejam usados para a definição das regras do jogo, evitando a insegurança e a instabilidade nessas relações jurídicas, que necessitam, pela sua própria natureza, de tratamento uniforme. Pouco importa quem seja o vencedor. O importante é que exista uma regra única, que leve a necessária estabilidade ao mercado em geral, à medida que ele sempre poderá, de uma forma ou de outra, encontrar o seu equilíbrio, sabendo quais sejam as regras do jogo.

E) CONFLITO DE COMPETÊNCIA

O instituto do conflito de competência, cuja feição inicial, tradicional, era de dirimir a existência de um conflito existente entre dois juízes, hoje tem um campo mais amplo – praticamente sedimentado na jurisprudência brasileira, especialmente do Superior Tribunal de

¹¹ Além disso, como entende Ada Pellegrini Grinover, o dispositivo é inoperante, porquanto a competência territorial, nos termos do art. 93 do CDC, é delimitada pela extensão dos danos alegados. Assim, os juízes de capital de Estado ou do Distrito Federal poderão ter competência regional ou nacional, conforme o caso (“Ação civil pública refém do autoritarismo”, artigo publicado na Revista de Processo nº 96, RT, São Paulo, 1999).

¹² Nesse sentido, Roberto Carlos Batista, “Coisa julgada nas ações civis públicas: direitos humanos e garantismo”, *Lumen Juris*, Rio de Janeiro, 2005, páginas 186 e 187.

Justiça¹³ – o de prevenir conflitos e de evitar decisões díspares ou incoerentes.

Ele deve ser operado, dentre outras situações, naqueles casos em que a ação civil pública não funciona adequadamente, ou mesmo para evitar, uma distorcida interpretação do artigo 16, da Lei da Ação Civil Pública, que antes se comentou.

Um moderno entendimento deste instituto tem procurado aceitar a existência do conflito mesmo quando não exista uma identidade tão precisa, seja da causa de pedir, do pedido ou mesmo das partes, em conformidade com uma definição mais rigorosa do fenômeno da conexão. Assim, basta que as situações, os elementos sejam comuns e que possam determinar uma única resposta, uma única convicção¹⁴. Sem essa unidade de julgamento, há o risco de decisões conflitantes e discrepantes, em desprestígio para o Judiciário e, mais ainda, com a possibilidade de um eventual comprometimento do mercado, como foi comentado ao longo deste trabalho.

Imagine-se uma hipótese em que se discuta, no mesmo Estado, em diversos processos, situações comuns relativas a relações creditícias, com identidade parcial de causas de pedir e de pedidos, nem sempre com as mesmas partes (porém todas as rés, instituições financeiras), discutindo, por exemplo: limitação de juros, proibição de anatocismo, nulidade de cláusulas de contrato de adesão, multas moratórias, danos morais coletivos e assim por diante. É evidente que, caso não unificados os processos, haveria imenso risco de decisões conflitantes, sem se saber ao certo qual a decisão que deva prevalecer, qual deve ou pode ser total ou parcialmente cumprida, mesmo não existindo absoluta identidade de partes, de causas de pedir e de pedidos.

Mais do que isso, é comum que outras ações venham a ser distribuídas *a posteriori*, no curso do conflito ou mesmo após o seu julgamento. Nesses casos, a mera possibilidade da existência de um conflito potencial – que tenha se tornado realidade – deverá também ensejar a reunião dos futuros processos no mesmo juízo, designado originariamente como competente.

Nessa linha, o instituto do conflito de competência deve ser utilizado, sempre que possível, dentre outras situações, como um mecanismo útil e adequado para evitar um potencial comprometimento de um sistema de relações jurídicas, qualquer que seja a atividade comercial desenvolvida. Aqui, mais uma vez, o que importa é a estabilidade das relações jurídicas, a definição das regras do jogo e, portanto, a segurança do mercado, repita-se, qualquer que seja o resultado, desde que o Judiciário manifeste uma única convicção.

CONCLUSÃO

¹³ Quando do episódio da privatização da Companhia Vale do Rio Doce, a 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça teve a oportunidade de assentar a aptidão do conflito de competência de *evitar* conflitos potenciais, mesmo quando não haja, *rigorosamente*, identidade de pedidos ou causas de pedir (Conflito de Competência nº 19.686/DF, rel. Min. Demócrito Reinaldo, por maioria, publicado na Revista dos Tribunais, vol. 750, p. 124). Aquele tribunal voltou a se manifestar no mesmo sentido, reafirmando a preponderância do critério da existência julgados inconciliáveis, valendo citar, por exemplo, o acórdão dos Embargos de Declaração no Conflito de Competência nº 41.444: “A existência de dois provimentos de urgência inconciliáveis denota o conflito inequívoco de competência” (1ª Seção, rel. Min. Luiz Fux, unânime, DJ 24/05/2004, p. 145.).

¹⁴ É o ensinamento de Enrico Redenti, mencionado por Cândido Rangel Dinamarco, à página 12 de parecer sobre famoso caso, que envolvia várias ações na Justiça Federal e na Estadual, do Distrito Federal, sobre o mesmo litígio: “Segundo uma lição que vem de um passado já relativamente distante, para que haja a conexão por coincidência entre as causas de pedir basta que as demandas ‘tenham em comum o suficiente para que, com uma *única convicção*, possa o juiz pronunciar-se sobre as demandas cumuladas’ (Enrico Redenti)”.

Em vista do que foi dito, o importante é que o Direito Processual possa acompanhar os novos tempos, ser interpretado de acordo com as necessidades vivenciadas pela sociedade neste momento, de sorte que continue a cumprir o fim a que se propõe. Não é razoável que o entendimento de determinado instituto prejudique a segurança nas relações jurídicas, meta fundamental do processo, apenas em homenagem à tradição.

**RECURSO EXTRAORDINÁRIO. VIOLAÇÃO INDIRETA DA CONSTITUIÇÃO.
ILEGITIMIDADE DA ALTERAÇÃO PONTUAL E CASUÍSTICA DA JURISPRUDÊNCIA
DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

LUÍS ROBERTO BARROSO

Professor Titular de Direito Constitucional na Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Doutor e Livre-Docente pela UERJ. Mestre pela Yale Law School. Advogado. O presente estudo foi elaborado com a colaboração de Ana Paula de Barcellos, Professora Adjunta de Direito Constitucional da UERJ, universidade pela qual é Mestre e Doutora em Direito Público.

SUMÁRIO: Introdução. Parte I. Premissas teóricas. I. Segurança jurídica e prestação jurisdicional. II. Princípio da igualdade e a atuação do poder judiciário. Parte II. Aplicação da teoria ao objeto do estudo. III. Breve resumo da hipótese: as teses suscitadas no recurso extraordinário e a violação reflexa à Constituição IV. Da jurisprudência consolidada do STF sobre as teses: incompatibilidade entre a decisão examinada e a posição pacífica da Corte. Violação aos princípios da segurança jurídica e da igualdade. V. Conclusões.

INTRODUÇÃO

Trata-se de estudo acerca da vinculação do Poder Judiciário, ao prestar jurisdição, aos princípios constitucionais da segurança jurídica e da igualdade. De forma específica, questiona-se a compatibilidade com tais princípios do acórdão proferido pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal no Agravo Regimental interposto no Agravo de Instrumento nº 395.662-1/RS, tendo em conta a jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal acerca dos requisitos necessários para o cabimento do recurso extraordinário.

O acórdão em questão deu provimento a agravo regimental, interposto contra decisão do Ministro Relator originário do feito, Ministro Carlos Velloso, para o fim de não apenas dar provimento ao agravo de instrumento e admitir o recurso extraordinário, como também para dar provimento ao próprio recurso extraordinário. Antes de examinar a hipótese objeto deste estudo, é necessário investigar o conteúdo dos princípios constitucionais referidos acima e seu modo de incidência sobre a atividade jurisdicional. O tema será examinado de acordo com o roteiro exposto inicialmente.

PREMISSAS TEÓRICAS

I. Segurança jurídica e prestação jurisdicional

O conhecimento convencional, de longa data, situa a segurança – e, no seu âmbito, a *segurança jurídica* – como um dos fundamentos do Estado e do Direito, ao lado da justiça e, mais recentemente, do bem-estar social. As teorias democráticas acerca da origem e justificação do Estado, de base contratualista, assentam-se sobre uma cláusula comutativa: recebe-se em segurança aquilo que se concede em liberdade. No seu desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial, a expressão segurança jurídica passou a designar um conjunto abrangente de idéias e conteúdos, que incluem:

1. a existência de instituições estatais dotadas de poder e garantias, assim como sujeitas ao princípio da legalidade;

2. a confiança nos atos do Poder Público, que se deverão reger pela boa-fé e pela razoabilidade;

3. a estabilidade das relações jurídicas, manifestada na durabilidade das normas, na anterioridade das leis em relação aos fatos sobre os quais incidem e na conservação de direitos em face da lei nova;

4. a previsibilidade dos comportamentos, tanto os que devem ser seguidos como os que devem ser suportados;

5. a igualdade na lei e perante a lei, inclusive com soluções isonômicas para situações idênticas ou próximas.

Consagrada no art. 2º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, como um *direito natural e imprescritível*, a segurança jurídica encontra-se também positivada como um direito individual na Constituição brasileira de 1988, ao lado dos direitos à vida, à liberdade, à igualdade e à propriedade, na dicção expressa do *caput* do art. 5º. Diversas outras disposições constitucionais têm-na como princípio subjacente, a exemplo da proteção ao direito adquirido, à coisa julgada e ao ato jurídico perfeito (CF, art. 5º, XXXVI) e do princípio da anterioridade da lei tributária (CF, art. 150, III), dentre outros.

Na dinâmica das relações entre o Poder Público e os particulares, o princípio da segurança jurídica se liga ao dever de boa-fé implícito no texto constitucional, no sentido de impor às

autoridades estatais uma conduta coerente e lógica, em respeito às legítimas expectativas dos administrados, criadas em decorrência da observação, por estes, dos padrões de comportamento do próprio Poder Público. Cabe ao Estado zelar pela manutenção de um ambiente de previsibilidade e segurança em suas relações com os particulares, excepcionando motivadamente as situações que exijam tratamento específico diferenciado.

Com efeito, o dever das autoridades públicas de agir com boa-fé e de forma previsível decorre logicamente de um dos pressupostos essenciais do Estado democrático de direito¹. Isso porque a relação existente entre o Poder Público e o particular não opõe propriamente duas partes privadas, cada qual defendendo seu interesse – embora também entre partes privadas haja o dever recíproco de boa-fé, como a doutrina civilista moderna tem sublinhado com especial ênfase². Na verdade, o Estado deriva sua autoridade do conjunto de administrados, agindo em nome e por conta da totalidade da população e não por direito próprio, não se concebendo que ele possa ferir as expectativas legítimas que cria em seus próprios constituintes.

Os atos praticados a cada dia pelo Poder Público, e entre estes os atos jurisdicionais, além dos efeitos específicos que se destinam a produzir, formam o que é percebido como o padrão de conduta das autoridades estatais. Procurando adequar-se a esse padrão, os particulares praticam atos que repercutem sobre suas esferas de direitos e obrigações, fiados na legítima expectativa de que o Estado se comportará, no presente e no futuro, de forma coerente com sua postura no passado. Note-se, portanto, que o dever de boa-fé é um limite jurídico à ação discricionária do poder estatal, que não pode simplesmente adotar qualquer comportamento, encontrando-se vinculado a agir de maneira uniforme diante de situações idênticas, não surpreendendo o particular injustificadamente, em desrespeito à segurança jurídica.

O tema é amplamente explorado pelos administrativistas, como se pode verificar dos registros doutrinários de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Celso Antônio Bandeira de Mello e do professor francês Michel D. Stassinopoulos, respectivamente:

“A segurança jurídica tem muita relação com a idéia de respeito à boa-fé. Se a Administração adotou determinada interpretação como a correta e a aplicou a casos concretos, não pode depois vir a anular atos anteriores, sob o pretexto de que os mesmos foram praticados com base em errônea interpretação. (...) Se a lei deve respeitar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, por respeito ao princípio da segurança jurídica, não é admissível que o administrado tenha seus direitos flutuando ao sabor de interpretações jurídicas variáveis no tempo”³. (grifos acrescentados)

“Cumpre, no Estado de Direito, que os administrados estejam, de antemão, assegurados de que o proceder administrativo não lhes causará surpresas. E não as causará tanto porque outros fins, que não os estabelecidos em lei, estão vedados ao administrador, quanto porque estes mesmos fins só

¹ CF: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...)”

² Vejam-se, dentre outros, Teresa Negreiros, *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*, 1998; e Judith Martins-Costa, *A boa-fé no direito privado*, 1999.

³ Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito administrativo*, 2000, p. 85.

podem ser alcançados pelas vias previstas na regra de direito como as adequadas ao caso”⁴. (grifos acrescentados)

“Si l’authorité administrative a exercé son pouvoir discrétionnaire non pas simultanément, mais successivement dans plusieurs cas, est-elle obligée de procéder toujours de la même façon? La notion de ‘bonne administration’ impose la réponse affirmative;”⁵

Em diversas ocasiões, a jurisprudência tem invalidado atos dos demais Poderes, em especial da Administração, por considerar que eles teriam violado deveres indispensáveis à segurança jurídica:

“PROCESSO - ORGANICIDADE E DINÂMICA. Defeso é voltar-se, sem autorização normativa, a fase ultrapassada. A época de liquidação de precatório não enseja rediscussão do título executivo judicial. Óptica diversa implica olvidar a organicidade e a dinâmica do Direito, alçando o Estado a posição que não o dignifica. Paga-se um preço por viver-se em um Estado Democrático de Direito e nele encontra-se a estabilidade das relações jurídicas, a segurança jurídica, ensejadas pela preclusão”⁶. (grifos acrescentados)

“Contemplando a lei nova a preservação do direito não só daqueles que, à época, já eram beneficiários como também o daqueles empregados admitidos na respectiva vigência, forçoso é entender-se pela homenagem à almejada segurança jurídica, afastada a surpresa decorrente da modificação dos parâmetros da relação mantida, no que julgada procedente o pedido formulado na ação”⁷. (grifos acrescentados)

“Os parâmetros alusivos ao concurso hão de estar previstos no edital. Descabe agasalhar ato da Administração Pública que, após o esgotamento das fases inicialmente estabelecidas, com aprovação nas provas, implica criação de novas exigências. A segurança jurídica, especialmente a ligada à relação cidadão-Estado rechaça a modificação pretendida”⁸. (grifos acrescentados)

“Não pode o Estado, após vincular-se ao entendimento de que aceita como boa tradução do idioma sueco para a língua inglesa, elaborada por tradutor juramentado no estrangeiro, recusar versão daquele idioma para nosso vernáculo, feita por pessoa juramentada em idênticas condições”⁹.

A mesma espécie de exigência relacionada à segurança e previsibilidade, por idênticas razões, aplica-se aos atos de natureza jurisdicional. Também a atividade jurisdicional – e sobretudo ela, em um Estado de direito – deve se orientar pelo princípio da segurança jurídica. Do ponto de vista prático, isso significa que as decisões do Poder Judiciário devem ser razoavelmente previsíveis, de modo que diferentes jurisdicionados em situações equivalentes recebam a mesma

⁴ Celso Antônio Bandeira de Mello, *Discricionariedade e controle jurisdicional*, 1992, p. 60.

⁵ Michel D. Stassinopoulos, *Traité des acts administratifs*. 1954, pp. 213-4. Em tradução livre para o vernáculo: “Se a autoridade administrativa tiver exercido seu poder discricionário não simultaneamente, mas sucessivamente em diversos casos, está ela obrigada a proceder sempre do mesmo modo? A noção de ‘boa administração’ impõe a resposta afirmativa; (...)”.

⁶ STF, DJ 01.12.00, p. 74, AgRg no AI 249.470-BA, Rel. Min. Marco Aurélio.

⁷ STF, DJ 12.06.98, p. 65, RE 168.046-SP, Rel. Min. Marco Aurélio.

⁸ STF, DJ 10.08.95, p. 23.556, AgRg no RE 118.927-RJ, Rel. Min. Marco Aurélio.

⁹ STJ, DJ 09.03.98, MS 5.281-DF, Rel. Min. Demócrito Reinaldo.

espécie de resposta judicial¹⁰, em especial quando se trate do mesmo órgão jurisdicional e não se cuide de hipótese original, já contando o tema com farta e pacífica jurisprudência¹¹.

Notem-se ainda dois aspectos importantes. A segurança jurídica está relacionada com a necessidade de respostas coerentes para hipóteses semelhantes ou equivalentes. Por natural, se o órgão jurisdicional considera que o caso que lhe cabe decidir é diverso daqueles que deram origem a determinado entendimento jurisprudencial, ele estará livre para decidir como entender melhor, cabendo-lhe, no entanto, o ônus de demonstrar essa diversidade¹². O ponto será retomado adiante.

Em segundo lugar, nenhum órgão jurisdicional está impedido de rever sua própria jurisprudência e modificá-la, uma vez que considere que o entendimento antigo deve ser substituído por outro. As exigências da segurança jurídica, evidentemente, não têm o condão de cristalizar a jurisprudência e impedir o avanço social também no âmbito da prestação jurisdicional¹³. Essa modificação, porém, estabelecerá um novo paradigma a partir do qual as expectativas dos jurisdicionados serão construídas. Ou seja, o órgão jurisdicional sempre poderá modificar o seu entendimento acerca de determinada matéria, mas o princípio da segurança jurídica continua a incidir: a partir desse momento, os casos novos equivalentes deverão receber a mesma solução.

Além do princípio da segurança jurídica, a atividade jurisdicional, assim como toda a atuação do Estado, vincula-se igualmente ao princípio da igualdade ou da isonomia. O próximo tópico cuida de delinear de forma mais precisa o sentido desse segundo princípio.

II. Princípio da igualdade e a atuação do Poder Judiciário

¹⁰ V. Robert Alexy, *Teoria da argumentação jurídica*, 2001, pp. 186-7 e 197: “As regras que definem o discurso prático racional são de diferentes tipos. (...) A validade do primeiro grupo de regras é uma condição prévia da possibilidade de toda comunicação lingüística que dá origem a qualquer questão sobre a verdade ou a correção: (1.1) Nenhum orador pode se contradizer. (1.2) Todo orador apenas pode afirmar aquilo em que crê. (1.3) Todo orador que aplique um predicado F a um objeto tem de estar preparado para aplicar F a todo outro objeto que seja semelhante a *a* em todos os aspectos importantes. (1.4) Diferentes oradores podem não usar a mesma expressão com diferentes significados. (...) Quem fizer uma afirmação normativa que pressuponha uma regra com certas conseqüências para a satisfação dos interesses de outras pessoas deve ser capaz de aceitar essas conseqüências, mesmo na situações hipotética em que esteja na situação dessas pessoas”. (negrito acrescentado).

¹¹ O tema já objeto de apreciação por parte do Superior Tribunal de Justiça, valendo transcrever trechos de algumas dessas decisões, *in verbis*: “O Poder Judiciário deve ao jurisdicionado, em casos idênticos, uma resposta firme, certa e homogênea. Atinge-se, com isso, valores tutelados na ordem político-constitucional e jurídico material, com a correta prestação jurisdicional, como meio de certeza e segurança para a sociedade”. (STJ, DJ 27.03.00, p. 127, REsp 227.940-AL, Rel. Min. Jorge Scartezzini); e “O escopo primordial do princípio da segurança jurídica é de que todos tenham certeza que o direito será aplicado uniforme e isonomicamente, ante situações semelhantes”. (STJ, DJ 02.04.01, p. 264, AI 304.282-SP, Rel. Min. Francisco Falcão).

¹² Aleksander Peczenik, *The basis of legal justification*, 1983, p. 63: “Whenever one reinterprets or ranks norms which are prima facie colliding with each other, one should do so in a manner which one can repeatedly use when confronted with similar collisions between other norms. One requires especially strong reasons to justify a reinterpretation or a priority order applied ad hoc, that is, only in the case under consideration”. (grifos no original). (Tradução livre: Toda e qualquer reinterpretação ou hierarquização de normas à primeira vista conflitantes deve ser feita sempre de modo que possa ser repetida no caso de choques similares entre outras normas. É preciso haver razões especialmente fortes para justificar uma reinterpretação ou uma priorização *ad hoc*, restrita à hipótese considerada.)

¹³ V. sobre a interpretação evolutiva, Luís Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da Constituição*, 2003, p. 137 e ss..

O princípio da isonomia (ou igualdade) consta expressamente do *caput* do art. 5º da Constituição Federal, onde se registra que “todos são iguais perante a lei”. Na formulação clássica do princípio da igualdade, os iguais deverão ser tratados igualmente e os desiguais, desigualmente, na medida de sua desigualdade. O que a isonomia veda, portanto, são as desequiparações que não tenham um *fundamento* racional e razoável e que não se destinem a promover um *fim* constitucionalmente legítimo. Veda-se o arbítrio, o capricho, o aleatório, o desvio. O princípio da isonomia forma uma imperativa parceria com o princípio da razoabilidade¹⁴. A razoabilidade é o parâmetro pelo qual se vai aferir se o fundamento da diferenciação levada a cabo por qualquer agente público é aceitável e se o fim por ela visado é legítimo¹⁵.

Não há necessidade de descrever aqui toda a variedade de testes concebidos pela doutrina nacional¹⁶ (merecendo nota especial a monografia de Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁷) e estrangeira¹⁸ com o objetivo de verificar o respeito ao princípio da isonomia por parte dos atos do Poder Público. Para os fins deste estudo, basta reproduzir o conhecimento convencional pelo qual costuma-se afirmar que a isonomia opera em duas vertentes principais: a igualdade *na lei* – ordem dirigida ao legislador – e *perante a lei* – ordem dirigida ao aplicador da lei, seja o administrador, seja o juiz. De forma simples, a igualdade *perante a lei* significa que a norma jurídica deverá ser interpretada e aplicada aos indivíduos de forma isonômica, isto é, sem discriminações injustificáveis do ponto de vista jurídico. A noção geral de igualdade perante a lei não enseja maior debate, como se vê do registro feito pela própria jurisprudência do Supremo Tribunal:

“Esse princípio (o da isonomia) – cuja observância vincula, incondicionalmente, todas as manifestações do Poder Público – deve ser considerado, em sua precípua função de obstar discriminações e de extinguir privilégios (RDA, 55/114), sob duplo aspecto: a) o da igualdade na lei; b) o da igualdade perante a lei. A igualdade na lei – que opera uma fase de generalidade puramente abstrata – constitui exigência destinada ao legislador que, no processo de sua formação, nela não poderá incluir fatores de discriminação, responsáveis pela ruptura da ordem isonômica. A igualdade perante a lei, contudo, pressupondo lei já elaborada, traduz imposição destinada aos

¹⁴ A razoabilidade é compreendida aqui em sentido amplo, como gênero do qual a proporcionalidade é uma espécie. Para uma discussão mais profunda sobre as distinções entre os dois conceitos, v. Luís Virgílio Afonso da Silva, O proporcional e o razoável, *RT*, 198:23, 2002; Humberto Ávila, A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade, *RDA*, 215:151, 1999; e Humberto Ávila, *Teoria dos princípios*, 2003, p. 104 e ss..

¹⁵ Sobre o tema, vejam-se, dentre muitos outros: San Tiago Dantas, “Igualdade perante a lei e due process of law”. In: *Problemas de direito público*, 1953; M. Seabra Fagundes, O princípio constitucional da igualdade perante a lei e o Poder Legislativo, *RT* 285:03; Celso Antônio Bandeira de Mello, *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, 1993; Luís Roberto Barroso, “A igualdade perante a lei”. In: *Temas atuais do direito brasileiro*, 1987 e *Interpretação e aplicação da Constituição*, 1999, p. 230 e ss..

¹⁶ Vejam-se, em meio a outros, San Tiago Dantas, “Igualdade perante a lei e due process of law” In: *Problemas de Direito Positivo: Estudos e Pareceres*, 1953, p. 37 e ss.; Carlos Roberto de Siqueira Castro, *O princípio da isonomia e a igualdade da mulher no direito constitucional*, 1983; Luís Roberto Barroso, “Razoabilidade e isonomia no direito brasileiro”. In: *Temas de direito constitucional*, t. I, 2001; e Mônica de Melo, O princípio da igualdade à luz das ações afirmativas: o enfoque da discriminação positiva, *RT-CDCCP*, 25:90, 1988.

¹⁷ Celso Antônio Bandeira de Mello, *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, 1993.

¹⁸ A construção do sentido da cláusula constitucional *equality under the law* é um dos mais recorrentes temas do direito constitucional norte-americano. Vejam-se, por todos, Laurence Tribe, *American constitutional law*, 1988, e Nowak, Rotunda & Young, *Constitutional law*, 1986. Entre os autores portugueses, v. J. J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional*, 1997, p. 1160 e ss..

demais poderes estatais, que, na aplicação da norma legal, não poderão subordiná-la a critérios que ensejem tratamento seletivo ou discriminatório”¹⁹.

A igualdade *perante a lei*, assim como a igualdade *na lei*, não significam, porém, igualitarismo. Observar a igualdade não impõe ao juiz o dever de aplicar mecânica e formalmente a norma, ao modo de uma máquina. Não só isso não seria possível, já que o intérprete traz consigo uma bagagem pessoal e inseparável de pré-compreensões, como não seria apropriado, tendo em conta as inúmeras particularidades dos casos concretos²⁰. A rigor, as próprias normas dificilmente são unívocas. Assim como legislar é, no mais das vezes, criar distinções – exigindo-se, porém, que elas sejam justificáveis –, aplicar a norma também envolverá necessariamente a avaliação das características do caso, o que poderá justificar soluções distintas por parte do aplicador. Neste ponto, a isonomia encontra-se com a segurança jurídica.

Como se registrou acima, o princípio da segurança jurídica impõe ao agente público o dever de adotar para casos equiparáveis o mesmo tipo de decisão. O fundamento último dessa exigência, além de assegurar a previsibilidade no âmbito das relações entre indivíduos e Estado, pode ser descrito nos seguintes termos: se as pessoas são iguais e se encontram em situações equivalentes, nada justifica que recebam um tratamento diferenciado por parte do Poder Público. A aplicação desse raciocínio à atividade jurisdicional é simples: o órgão jurisdicional deve adotar a mesma solução jurídica para casos semelhantes, sobretudo quando haja jurisprudência consolidada por parte do próprio órgão.

A questão fundamental consiste justamente em verificar o que torna dois casos semelhantes ou equiparáveis ou, sob ângulo diverso, que elementos do caso concreto podem ser considerados relevantes para o fim de distingui-los e, assim, justificar soluções diferenciadas. E, por evidente, não se trata aqui de qualquer diferença, mas de uma distinção relevante entre os casos, que justifique o tratamento desigual. De forma bastante específica, trata-se de saber o que o magistrado pode legitimamente considerar *diverso* ou *não equiparável* em um caso concreto para o fim de deixar de adotar, naquela hipótese, entendimento consolidado pela jurisprudência que aparentemente seria aplicável.

O tema, na verdade, envolve muitas complexidades sob a ótica da argumentação jurídica, que não cabe aprofundar aqui. Um critério, no entanto, já se pode registrar desde logo: a diferenciação entre casos concretos aparentemente idênticos deve ter por fundamento uma distinção contida no próprio ordenamento jurídico²¹, e não decorrer da livre avaliação do aplicador. Se a igualdade perante a lei e a segurança jurídica pudessem ser superadas pela mera alegação do

¹⁹ STF, DJ 19.04.91, p. 4.580, MI 58, Rel. p/ o acórdão Min Celso de Mello.

²⁰ Luís Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da Constituição*, 2003, p. 245 e ss..

²¹ Considerando-se, por natural, que a distinção contida na norma seja válida. A doutrina registra que um tratamento diferenciado deve ser examinado sob três enfoques sucessivos, para aferir sua legitimidade constitucional, a saber: (i) em primeiro lugar, é preciso identificar o fator de *discrimen* escolhido pela norma para saber se tal elemento corresponde a uma diferenciação real, relevante e objetivamente existente entre as pessoas, situações ou coisas; (ii) em segundo lugar, é preciso que haja um nexó racional e razoável entre a diferença das situações – demarcada pelo elemento de *discrimen* – e o tratamento diferenciado aplicado (razoabilidade interna); e (iii) em terceiro lugar, ainda que seja racional e razoável o tratamento diferenciado, ele deve estar em consonância com os princípios protegidos pela Constituição Federal (razoabilidade externa). Sobre o tema, v. a doutrina referida nas notas 15 a 17.

interprete de que considera as situações de fato substancialmente diversas, pouca consistência teriam tais garantias constitucionais. Ou seja: o aplicador deverá ser capaz de justificar, com fundamento na norma jurídica a ser aplicada, e no sistema no qual ela se insere, a razão pela qual o caso por ele examinado é diverso da jurisprudência formada anteriormente²². Explica-se melhor com alguns exemplos.

A situação econômica dos indivíduos é considerada relevante por um conjunto de disposições normativas. A concessão do benefício da gratuidade de justiça é uma delas: a circunstância de o requerente ser ou não pobre é relevante para a interpretação e aplicação da norma, mas não o são, *e.g.*, a cor da pele ou o sexo dos indivíduos em questão. Nada obstante, a capacidade econômica não é por si só um elemento relevante para a aplicação da norma que tipifica o estupro como crime.

Em outra linha, o fato de o Poder Público ser parte em uma demanda é relevante para a incidência de uma série de comandos, como a contagem de prazos e a possibilidade de manejar determinados mecanismos recursais (*e.g.*: a suspensão de segurança). Nada há no ordenamento, porém, que considere essa circunstância relevante – ser parte o Poder Público ou um particular – para o fim de interpretar as normas que disciplinam o cabimento de recursos especial ou extraordinário. Essas mesmas normas também não atribuem relevância ao fato de a disputa envolver valores vultosos ou não ter qualquer consequência patrimonial significativa.

Em suma: a igualdade perante a lei exige que o aplicador interprete e aplique a lei de modo que indivíduos em situações equivalentes recebam a mesma resposta por parte do Estado. Isso significa que o órgão jurisdicional deve aplicar de forma coerente a jurisprudência por ele já consolidada sobre determinado tema (salvo se decidir modificar seu entendimento em caráter geral). A adoção de solução diversa em caso aparentemente similar apenas se justifica se o aplicador for capaz de justificar, com base em argumentos extraídos do próprio conjunto normativo a ser aplicado, que as características do caso concreto o distinguem de forma relevante dos casos que formaram a jurisprudência em questão.

Parte II

APLICAÇÃO DA TEORIA AO OBJETO DO ESTUDO

III. Breve resumo da hipótese: as teses suscitadas no recurso Extraordinário e a violação reflexa à Constituição

²² Robert Alexy, *Teoria da argumentação jurídica*, 2001, p. 212: “A questão sobre o que distingue a argumentação jurídica da argumentação geral prática é um dos problemas centrais da teoria do discurso jurídico. Um ponto pode ser estabelecido mesmo neste estágio: a argumentação jurídica é caracterizada por seu relacionamento com a lei válida”; e Aulis Aarnio, *Reason and authority*, 1997, p. 192: “This means that one has to be able to justify every interpretation by referring to the formal *law* (statute; legal rule).”

Cabe agora aplicar as idéias e conceitos expostos ao objeto do estudo. O recurso extraordinário em questão foi interposto contra acórdão do Tribunal Superior do Trabalho proferido no âmbito de ação rescisória proposta por entidade da Administração indireta federal em face de um grupo de empregados públicos. O TST extinguiu o processo sem julgamento do mérito com fundamento na impossibilidade jurídica do pedido (CPC, art. 512), pois a ação rescisória teria se dirigido contra a sentença proferida em primeiro grau de jurisdição, substituída posteriormente por acórdão do TRT da 4ª Região. Contra o acórdão do TST foi interposto recurso extraordinário, suscitando, de forma resumida, que a decisão teria violado as seguintes disposições constitucionais (a União também interpôs recurso extraordinário alegando teses semelhantes):

CF, art. 5º, II: o acórdão teria violado o princípio da legalidade ao interpretar a lei de modo a exigir algo que ela não exigiu;

CF, art. 5º, XXXV: o acórdão teria negado prestação jurisdicional ao negar a apreciação do mérito da ação; e

CF, art. 5º, LV: o acórdão teria violado a garantia do devido processo legal ao negar-se a examinar a matéria de mérito sob o argumento de impossibilidade jurídica;

O recorrente desenvolveu ainda uma outra tese relacionada com o mérito da decisão cuja rescisão se pretendia. O acórdão rescindendo havia concedido outras diferenças salariais relativas a períodos de 1987 e 1988. Na ação rescisória, o recorrente alegava que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o tema teria se consolidado posteriormente no sentido de que tais diferenças salariais não eram devidas. Embora o acórdão recorrido não tenha examinado o mérito da ação rescisória, o recurso extraordinário interposto pretendia ver analisada, ainda, uma quarta violação à Constituição:

CF, art. 5º, XXXVI: o acórdão teria violado a cláusula do direito adquirido uma vez que não há direito adquirido aos reajustes salariais em questão, como decidido pelo STF.

O Ministro Carlos Mário Velloso, relator dos recursos, entendeu que as teses suscitadas – violação à legalidade, ao direito adquirido, ao devido processo legal e ao direito de acesso ao Judiciário – discutiam, na verdade, a correção da interpretação conferida a normas infraconstitucionais, de modo que, se alguma violação houvesse à Carta, ela seria apenas indireta ou reflexa. A jurisprudência do STF sobre o assunto, porém, é a de que não cabe recurso extraordinário para discutir inconstitucionalidade reflexa. Por essa razão, concluiu o relator que os recursos não poderiam ser admitidos.

Contra a decisão do Ministro Velloso o recorrente apresentou agravo regimental, reproduzindo os mesmos argumentos resumidos acima e destacando, de forma particular, a repercussão que o insucesso da ação rescisória original teria sobre as finanças públicas. Isso porque, a prevalecer a decisão transitada em julgado, o Estado teria de desembolsar importante quantidade de recursos para pagar as diferenças salariais a que se fez menção acima.

A 2ª Turma do STF, vencido o Ministro Carlos Velloso, acabou por dar provimento ao agravo regimental e, na mesma decisão, deu provimento também ao próprio recurso extraordinário.

O voto do Ministro Gilmar Mendes, seguido pela maioria dos membros da Turma, sustentou, com fundamento na noção de força normativa da Constituição, que o recurso devia ser conhecido e provido já que “não se pode diminuir a eficácia das decisões do STF com a manutenção de decisões divergentes” (fls.17) e uma vez que, “até do ponto de vista de política judiciária é importante fazer revisão dessa orientação” (aditamento ao voto). O Ministro fazia referência, como é fácil perceber, às decisões do STF que consideraram não serem devidas as diferenças salariais, tema do pronunciamento judicial que transitou em julgado e que os recorrentes pretendiam rescindir. A Turma, por maioria, acolheu a argumentação do Ministro Gilmar Mendes e considerou que o acórdão recorrido teria incorrido em excessivo formalismo, afetando a prestação jurisdicional efetiva. Contra a decisão da Turma foram opostos embargos de declaração, ainda não decididos.

IV. Da jurisprudência consolidada do STF sobre as teses: incompatibilidade entre a decisão examinada e a posição pacífica da Corte. Violação aos princípios da segurança jurídica e da igualdade.

A questão que se coloca neste ponto, tendo em conta os princípios da segurança jurídica e da igualdade abordados inicialmente, é bastante simples: o entendimento manifestado pela 2ª Turma do STF no caso que se acaba de descrever segue a jurisprudência consolidada (e em alguns pontos até sumulada) do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria? Ou, de outro modo, essa é a solução adotada pela Corte em hipóteses nas quais se discutem teses substancialmente idênticas às suscitadas no recurso extraordinário em questão? A resposta, já se pode adiantar, é negativa.

Note-se um aspecto importante. Não se está formulando aqui qualquer juízo sobre qual o melhor entendimento jurídico acerca do cabimento de recursos extraordinários: se o consolidado pela jurisprudência do STF, que se descreverá na seqüência, ou o adotado pela 2ª Turma da mesma Corte no caso resumido acima. Mesmo porque, como se registrou na primeira parte do estudo, o sistema jurídico brasileiro admite que o órgão jurisdicional (e em particular os órgãos de cúpula da estrutura do Poder Judiciário) modifique suas posições na medida em que entenda mais adequado. O fato relevante para este estudo é que há incompatibilidade grave entre a tradicional jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o cabimento de recursos extraordinários – que permanece inalterada – e a decisão proferida pela 2ª Turma no caso examinado, deteriorando a legítima expectativa dos jurisdicionados de receberem o mesmo tratamento dispensado pela Corte a casos equiparáveis. Feita a digressão, volta-se ao ponto.

Como se sabe, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca do cabimento de recursos extraordinários é bastante rígida e tem se mantido uniforme ao longo dos anos. Assim é que, dentre outras exigências, o STF não admite recursos extraordinários nos quais se pretenda discutir o que denomina de *inconstitucionalidade reflexa ou indireta*. Esse conceito descreve, de forma geral, hipóteses nas quais a parte interpõe o recurso alegando que a decisão recorrida interpretou equivocadamente a legislação infraconstitucional e, ao fazê-lo, violou normas constitucionais. A Corte já editou súmula de sua jurisprudência dominante (Súmula nº 636) nesse

sentido, no que diz respeito ao princípio constitucional da legalidade, que tem a seguinte dicção: *“Não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida”*.

Na verdade, é possível transcrever decisões do Supremo Tribunal Federal: (i) que negaram cabimento a recursos extraordinários porque neles se pretendia discutir genericamente a interpretação das normas infraconstitucionais que disciplinam o cabimento da ação rescisória – tema geral do acórdão recorrido. Há ainda diversas decisões da Corte que igualmente deixaram de admitir recursos nos quais foram suscitadas teses em tudo e por tudo equiparáveis às suscitadas pelos recursos de que se trata, a saber: (ii) violação ao princípio da legalidade por haver o acórdão recorrido interpretado a lei de modo diverso do pretendido pela parte (CF, art. 5º, II); (iii) violação ao devido processo legal por haver a decisão recorrida deixado de apreciar o mérito e extinguido o feito (CF, art. 5º, LV); (iv) violação ao acesso ao Judiciário, pelo fato de a decisão recorrida não haver apreciado o mérito da demanda (CF, art. 5º, XXXV); e (v) violação ao direito adquirido, pelo fato de, no mérito, a decisão recorrida haver reconhecido direito a que a parte adversa não faria jus (CF, art. 5º, XXXVI). Confira-se.

(i) Requisitos para ação rescisória

“Acórdão recorrido extraordinariamente que se limita ao exame do cabimento de ação rescisória. Ofensa reflexa. Jurisprudência pacificada. 4. Decisão que nega acolhida à tese jurídica desenvolvida pela parte não configura negativa de prestação jurisdicional. 5. Agravo regimental a que se nega provimento”²³.

“O debate em torno da aferição dos pressupostos de admissibilidade da ação rescisória não viabiliza o acesso à via recursal extraordinária, por envolver discussão pertinente a tema de caráter eminentemente infraconstitucional. Precedentes. - Situações de ofensa meramente reflexa ao texto da Constituição não viabilizam o acesso à via recursal extraordinária, cuja utilização supõe a necessária ocorrência de conflito imediato com o ordenamento constitucional. Precedentes”²⁴.

“O debate em torno da aferição dos pressupostos de admissibilidade da ação rescisória não viabiliza o acesso à via recursal extraordinária, por envolver discussão pertinente a tema de caráter eminentemente infraconstitucional. Precedentes. - Situações de ofensa meramente reflexa ao texto da Constituição não viabilizam o acesso à via recursal extraordinária, cuja utilização supõe a necessária ocorrência de conflito imediato com o ordenamento constitucional. Precedentes”²⁵.

“Acórdão recorrido extraordinariamente que se limita ao exame do cabimento de ação rescisória. Ofensa reflexa. Jurisprudência pacificada. 4. Decisão que nega acolhida à tese jurídica desenvolvida

²³ STF, DJ 30.08.02, p. 112, AgRg no AI 387.022-ES, Rel. Min. Gilmar Mendes.

²⁴ STF, DJ 02.03.04, p. 55, AgRg no AI 468.465-PB, Rel. Min. Celso de Mello.

²⁵ STF, DJ 07.05.04, p. 38, AgRg no AI 485.471-SP, Rel. Min. Celso de Mello.

pela parte não configura negativa de prestação jurisdicional. 5. Agravo regimental a que se nega provimento”²⁶.

(ii) Violação da legalidade (CF, art. 5º, II)

“ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, QUE DECIDIU CONTROVÉRSIA RELATIVA À LEGITIMIDADE PASSIVA PARA A DEMANDA COM BASE NA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS ARTS. 5º, incisos II, XXXV, LIV E LV, E 93, inciso IX, DA MAGNA CARTA. Ofensa à Carta da República, se existente, dar-se-ia de forma claramente reflexa ou indireta, o que não enseja a abertura da via extraordinária. Ademais, encontra-se o acórdão suficientemente fundamentado, tendo sido conferida à parte prestação jurisdicional adequada, embora em sentido contrário aos seus interesses. Agravo desprovido”²⁷.

“CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO: ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS ARTS. 5º, II, XXXV, XXXVI, LIV, LV, 7º, XXIX E 93, IX. I - Alegação de ofensa à Constituição que, se ocorrente, seria indireta, reflexa, o que não autoriza a admissão do recurso extraordinário. II - Ao Judiciário cabe, no conflito de interesses, fazer valer a vontade concreta da lei, interpretando-a. Se, em tal operação, interpreta razoavelmente ou desarrazoadamente a lei, a questão fica no campo da legalidade, incorrendo o contencioso constitucional. III - Agravo não provido”²⁸.

(iii) Violação do devido processo legal (CF, art. 5º, LV)

“Somente a ofensa direta à Constituição autoriza a admissão do recurso extraordinário. No caso, o acórdão limita-se a interpretar normas infraconstitucionais. II. - Decisão contrária aos interesses da parte não configura negativa de prestação jurisdicional (C.F., art. 5º, XXXV). III. - Alegação de ofensa ao devido processo legal: C.F., art. 5º, LV: se ofensa tivesse havido, seria ela indireta, reflexa, dado que a ofensa direta seria a normas processuais. E a ofensa a preceito constitucional que autoriza a admissão do recurso extraordinário é a ofensa direta, frontal”²⁹.

“Recurso extraordinário: descabimento: acórdão recorrido que se limitou a aplicar legislação infraconstitucional (L. 4.591/64); alegada ofensa a dispositivos constitucionais que, se ocorreram, seriam indiretas ou reflexas, que não viabilizam o RE; ausência de negativa de prestação

²⁶ STF, DJ 30.08.02, p. 112, AgRg no AI 387.022-ES, Rel. Min. Gilmar Mendes.

²⁷ STF, DJ 19.09.03, p. 18, AgRg no AI 431.357-SP, Rel. Min. Carlos Britto.

²⁸ STF, DJ 08.03.02, p. 61, AgRg no RE 245.580-PR, Rel. Min. Carlos Velloso.

²⁹ STF, DJ 27.05.04, p. 32, AgRg no AI 475.088-AL, Rel. Min. Carlos Velloso.

jurisdicional ou violação dos princípios compreendidos nos artigos 5º, XXXV, LIV e LV e 93, IX da Constituição Federal”³⁰.

“III. - Decisão contrária aos interesses da parte não configura negativa de prestação jurisdicional (C.F., art. 5º, XXXV). IV. – Alegação de ofensa ao devido processo legal: C.F., art. 5º, LV: se ofensa tivesse havido, seria ela indireta, reflexa, dado que a ofensa direta seria a normas processuais. E a ofensa a preceito constitucional que autoriza a admissão do recurso extraordinário é a ofensa direta, frontal. V. - A verificação, no caso concreto, da ocorrência, ou não, de violação ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada situa-se no campo infraconstitucional”³¹.

“I. - Somente a ofensa direta à Constituição autoriza a admissão do recurso extraordinário. No caso, o acórdão limita-se a interpretar normas infraconstitucionais. II. - Decisão contrária aos interesses da parte não configura negativa de prestação jurisdicional (C.F., art. 5º, XXXV). III. - Alegação de ofensa ao devido processo legal: C.F., art. 5º, LV: se ofensa tivesse havido, seria ela indireta, reflexa, dado que a ofensa direta seria a normas processuais. E a ofensa a preceito constitucional que autoriza a admissão do recurso extraordinário é a ofensa direta, frontal. IV. - A verificação, no caso concreto, da ocorrência, ou não, de violação ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada situa-se no campo infraconstitucional”³².

(iv) Violação do acesso ao Judiciário (CF, art. 5º, XXXV)

“Somente a ofensa direta à Constituição autoriza a admissão do recurso extraordinário. No caso, o acórdão limita-se a interpretar normas infraconstitucionais. II. - Decisão contrária aos interesses da parte não configura negativa de prestação jurisdicional (C.F., art. 5º, XXXV). III. - Alegação de ofensa ao devido processo legal: C.F., art. 5º, LV: se ofensa tivesse havido, seria ela indireta, reflexa, dado que a ofensa direta seria a normas processuais. E a ofensa a preceito constitucional que autoriza a admissão do recurso extraordinário é a ofensa direta, frontal. IV. - Alegação de ofensa ao inciso IX do art. 93, C.F.: improcedência, porque o que pretende a recorrente, no ponto, é impugnar a decisão que lhe é contrária, certo que o acórdão está suficientemente fundamentado”³³.

“Agravo regimental em agravo de instrumento. 2. Ofensa reflexa. Não se admite recurso extraordinário para interpretação de lei federal (art. 102, III, "a"). 3. O fato de a decisão se revelar desfavorável à agravante não configura negativa de prestação jurisdicional. 4. Agravo regimental desprovido”³⁴.

“Recurso extraordinário: inadmissibilidade: questão referente ao cabimento de embargos de divergência em recurso especial, de natureza processual ordinária: alegação de ofensa a dispositivos

³⁰ STF, DJ 27.02.04, p. 23, AgRg no AI 300.982-RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence.

³¹ STF, DJ 15.06.04, p. 46, AgRg no AI 449.830-SP, Rel. Min. Carlos Velloso.

³² STF, DJ 25.06.04, p. 40, AgRg no AI 409.953-DF, Rel. Min. Carlos Velloso.

³³ STF, DJ 07.05.04, p. 32, AgRg no AI 475.088-AL, Rel. Min. Carlos Velloso.

³⁴ STF, DJ 30.08.02, p. 112, AgRg no AI 374.994-SP, Rel. Min. Gilmar Mendes.

constitucionais que, se ocorresse, seria indireta ou reflexa, que não viabiliza o RE; inócorrência de negativa de prestação jurisdicional”³⁵.

“Agravo regimental em agravo de instrumento. 2. Legitimidade passiva. Ofensa reflexa à CF/88. Precedentes. Recurso que não traz novos argumentos capazes de modificar o entendimento desta Corte. 3. Decisão desfavorável à agravante não configura negativa de prestação jurisdicional. 4. Agravo regimental a que se nega provimento”³⁶.

“Agravo regimental em agravo de instrumento. 2. Legitimidade passiva. Ofensa reflexa à CF/88. Precedentes. Recurso que não traz novos argumentos capazes de modificar o entendimento desta Corte. 3. Decisão desfavorável à agravante não configura negativa de prestação jurisdicional. 4. Agravo regimental a que se nega provimento”³⁷.

“Agravo regimental em agravo de instrumento. 2. A exigência, ou não, do prequestionamento, no âmbito do TRT, para viabilizar o recurso de revista é questão que se situa no campo processual. 3. Matéria infraconstitucional. Ofensa reflexa à Carta Magna. 4. Art. 5º, XXXV, LIV e LV, da CF/88. Ausência de prequestionamento. Decisão que nega acolhida à tese jurídica desenvolvida pela parte não configura negativa de prestação jurisdicional. 5. Agravo regimental a que se nega provimento”³⁸.

(v) Violação ao direito adquirido (CF, art. 5º, XXXVI)

“Somente a ofensa direta à Constituição autoriza a admissão do recurso extraordinário. No caso, o acórdão limita-se a interpretar normas infraconstitucionais. II. - Ao Judiciário cabe, no conflito de interesses, fazer valer a vontade concreta da lei, interpretando-a. Se, em tal operação, interpreta razoavelmente ou desarrazoadamente a lei, a questão fica no campo da legalidade, incorrendo o contencioso constitucional. III. - Alegação de ofensa ao inciso IX do art. 93, C.F.: improcedência, porque o que pretende o recorrente, no ponto, é impugnar a decisão que lhe é contrária, certo que o acórdão está suficientemente fundamentado. IV. - A verificação, no caso concreto, da ocorrência, ou não, de violação ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada situa-se no campo infraconstitucional. V. - A interpretação de cláusulas contratuais não enseja recurso extraordinário. Súmula 454-STF. VI. - Agravo não provido”³⁹.

³⁵ STF, DJ 06.04.04, p. 18, AgRg no AI 415.103-SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence.

³⁶ STF, DJ 30.04.04, p. 56, AgRg no AI 476.510-SP, Rel. Min. Gilmar Mendes.

³⁷ STF, DJ 30.04.04, p. 56, AgRg no AI 476.510-SP, Rel. Min. Gilmar Mendes.

³⁸ STF, DJ 13.09.02, p. 89, AgRg no AI 383.957-SP, Rel. Min. Gilmar Mendes.

³⁹ STF, DJ 25.06.04, p. 43, AgRg no AI 466.975-RJ, Rel. Min. Carlos Velloso.

“I. - Somente a ofensa direta à Constituição autoriza a admissão do recurso extraordinário. No caso, o acórdão limita-se a interpretar normas infraconstitucionais. II. - A verificação, no caso concreto, da existência, ou não, do direito adquirido, situa-se no campo infraconstitucional”⁴⁰.

“I. - Decisão contrária ao interesse da parte não configura negativa de prestação jurisdicional (C.F., art. 5º, XXXV). II. - Ao Judiciário cabe, no conflito de interesses, fazer valer a vontade concreta da lei, interpretando-a. Se, em tal operação, interpreta razoavelmente ou desarrazoadamente a lei, a questão fica no campo da legalidade, inorando o contencioso constitucional. III. - Alegação de ofensa ao devido processo legal: C.F., art. 5º, LV: se ofensa tivesse havido, seria ela indireta, reflexa, dado que a ofensa direta seria a normas processuais. E a ofensa a preceito constitucional que autoriza a admissão do recurso extraordinário é a ofensa direta, frontal. IV. - Alegação de ofensa ao inciso IX do art. 93, C.F.: improcedência, porque o que pretende a recorrente, no ponto, é impugnar a decisão que lhe é contrária, certo que o acórdão está suficientemente fundamentado. V. - O exame da ocorrência, no caso, de direito adquirido, não prescindiria do exame da legislação ordinária. VI. - Agravo não provido”⁴¹.

“Somente a ofensa direta à Constituição autoriza a admissão do recurso extraordinário. No caso, o acórdão assenta-se em interpretação de lei local. Incidência da Súmula 280-STF. II. - A verificação, no caso concreto, da ocorrência, ou não, de violação ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada situa-se no campo infraconstitucional. III. - Agravo não provido”⁴².

Pois bem. Como se constata com facilidade, a Corte não modificou o seu entendimento acerca das exigências para o cabimento de recursos extraordinários, já que várias das decisões transcritas são posteriores ao julgamento do recurso aqui em discussão, e nem há indicações de que o fará. Por sua vez, o acórdão da 2ª Turma do STF examinado neste estudo não desenvolve qualquer argumentação a fim de distinguir a hipótese por ele decidida de todos os casos que deram origem e alimentam a fartíssima jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria. Nada obstante isso, o acórdão adotou entendimento exatamente oposto ao consagrado pela jurisprudência: não há como deixar de concluir que houve aqui ofensa aos princípios da segurança jurídica e da isonomia.

IV. Conclusões

De todo o exposto, é possível extrair as seguintes conclusões:

1. A segurança jurídica impõe limitações à atuação do Poder Público em geral e do Poder Judiciário em particular. O padrão de conduta do Poder Público gera nos particulares uma expectativa legítima de que a atuação estatal não irá surpreendê-los, sendo certo que essa expectativa não deve ser

⁴⁰ STF, DJ 27.09.02, p. 129, AgRg no AI 388.027-SP, Rel. Min. Carlos Velloso.

⁴¹ STF, DJ 21.06.02, p. 125, AgRg no AI 372.638-PA, Rel. Min. Carlos Velloso.

⁴² STF, DJ 13.08.04, p. 278, AgRg no AI 494.650-SP, Rel. Min. Carlos Velloso.

frustrada pelo Estado. Situações equiparáveis devem receber do Poder Público a mesma espécie de tratamento.

2. No mesmo sentido, o princípio da isonomia impõe que o aplicador da norma adote a mesma solução para hipóteses equivalentes (igualdade *perante a lei*). Assim, o órgão jurisdicional deverá aplicar sua própria jurisprudência a casos similares a não ser (i) que decida modificar seu entendimento acerca da matéria em caráter geral ou (ii) que seja capaz de demonstrar, a partir de critérios extraídos do sistema normativo, que a hipótese apresenta características que a distinguem de forma relevante dos casos que formaram a jurisprudência em questão.

3. O acórdão da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal analisado, ao divergir da jurisprudência consolidada do STF acerca do cabimento de recursos extraordinários, sem demonstrar a existência de qualquer elemento relevante capaz de diferenciá-lo dos precedentes da Corte, feriu os princípios da segurança jurídica e da isonomia.

OS JUIZADOS ESPECIAIS COMO TUTELA DIFERENCIADA

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. Introdução. 2. As críticas mais contundentes. 3. O déficit garantístico dos Juizados. 3.1. Competência. 3.2. Discriminações subjetivas. 3.3. Extinção do processo. 3.4.Redução da oralidade. 3.5.Redução do direito de defender-se provando. 3.6.A autorização a julgamentos de equidade. 3.7. O patrocínio facultativo por advogado. 3.8.Audiência bilateral reduzida. 3.9.Deficiência de fundamentação. 4.Paradoxal estabilidade das decisões. 5.A cognição sumária e as exigências da vida moderna. 6.A tutela jurisdicional diferenciada. 7.A cognição não exauriente. 8.Os juizados como tutela diferenciada. 9.A limitação da coisa julgada. 10. O meio adequado de revisão. 11. Conclusão.

1. Introdução. A emergência dos juizados de pequenas causas na década de 80 do século passado representou uma das mais aplaudidas reformas da administração da Justiça brasileira, pelo impacto positivo que teve na facilitação do acesso à justiça para milhões de cidadãos. A eliminação de barreiras econômicas, como o recolhimento de custas e a contratação de um advogado, e de barreiras burocráticas, através de um procedimento acentuadamente célere e informal, asseguraram o sucesso do novo instituto, que veio a ser contemplado na Constituição de 1988 com dois dispositivos: o inciso X do art. 24 incluiu na competência legislativa concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal a “criação, funcionamento e processo dos juizados de pequenas causas”; e o inciso I do art. 98 determinou que a União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criassem “juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau”.

A Lei 9.099/95 transformou os juizados de pequenas causas em juizados especiais, instituindo os juizados criminais e redefinindo a competência dos juizados cíveis no art. 3º. A Emenda Constitucional nº 22/99 permitiu a criação de juizados especiais no âmbito da Justiça Federal, o que veio a ser implementado através da Lei 10.259/2001.

Completou-se, assim, o que muitos denominam o microsistema dos juizados especiais, deliberadamente estruturado à margem da organização judiciária tradicional, para constituir uma justiça preponderantemente conciliatória, caracterizada pela oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade (Lei 9.099/95, art. 2º).

Os juizados especiais atenderam, assim, a dois objetivos primordiais: o de facilitar o acesso à justiça das causas de menor complexidade, que, normalmente, ficavam alijadas da tutela através do processo civil tradicional em razão do seu custo e da sua morosidade; e o de aliviar os tribunais de 2º grau e os tribunais superiores da apreciação dessas causas, pela criação de um sistema recursal próprio e sumário, no qual sobressaem a irrecorribilidade das decisões interlocutórias e a limitação de recursos das suas decisões para aqueles tribunais, que hoje estão restritos ao recurso para o Supremo Tribunal Federal estritamente em matéria constitucional que apresente repercussão geral e ao Superior Tribunal de Justiça na remotíssima hipótese em que a orientação acolhida pela Turma de Uniformização dos Juizados Federais contrarie súmula ou jurisprudência dominante desse mesmo Tribunal (Lei 10.259/2001, art.14, § 4º).

Cândido Dinamarco ressalta que o objetivo dos juizados, seguindo uma das ondas renovatórias do processo civil moderno apontadas por Cappelletti, foi oferecer uma justiça mais informal, eminentemente participativa, mais célere e amplamente acessível⁵⁷.

Passado cerca de um quarto de século dessa rica experiência, convém efetuar um balanço dos resultados alcançados e avaliar se os juizados, tal como estruturados, têm condições de projetar-se como a justiça do futuro, se devem manter a sua presença no sistema judiciário como uma jurisdição à parte ou se a sua configuração, delineada nos diplomas apontados, já esgotou as esperanças de realização dos objetivos inicialmente propostos e talvez apresente mais defeitos do que qualidades, impondo-se aperfeiçoá-lo ou, se isso não for possível, abandoná-lo.

Se, de um lado, a justiça das causas mais simples deve potencializar a informalidade, a eliminação de barreiras econômicas e burocráticas e a celeridade, em busca da facilitação do acesso à Justiça e da efetividade do processo, de outro, é imperioso constatar que a implementação do Estado Democrático de Direito Contemporâneo elevou ao nível de direitos fundamentais um rol de garantias fundamentais do processo, cuja observância se impõe como exigência da eficácia concreta dos próprios direitos constitucionalmente assegurados e de seu efetivo respeito nas relações jurídicas entre os cidadãos.

Nesse sentido, não é despicienda a preocupação de muitos com o risco de que os juizados tenham se tornado uma *justiça de 2ª classe*, uma justiça de baixa qualidade, que, a pretexto de ser eminentemente pacificadora ou conciliadora, rápida, informal e amplamente acessível, prioriza a eliminação da litigiosidade a qualquer preço, mesmo em detrimento do tratamento isonômico de todos os cidadãos, da apuração adequada da verdade dos fatos, do contraditório participativo e da ampla defesa.

Se, para atender às demandas quantitativas, é preciso impor limitações cognitivas, temporais e até de garantias, é preciso encontrar meios de compatibilizar a satisfação dessas demandas com os ideais de uma justiça de qualidade, cuja legitimidade, como expressão do poder político, somente se impõe se a sociedade a que serve puder ter a certeza de que as suas decisões são o resultado do maior esforço possível para a revelação da verdade e a tutela do interesse daquele que efetivamente é o titular do direito material.

Conforme leciona Michele Taruffo, em um dos seus brilhantes estudos⁵⁸, uma decisão justa pressupõe: a) correta escolha e interpretação da regra jurídica aplicável; b) o reconhecimento

⁵⁷ Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. III, 6ª ed., Malheiros, São Paulo, 2009, p.802.

aceitável da verdade dos fatos relevantes; c) um procedimento válido e justo, ou seja, um meio justo para um fim justo.

E Barbosa Moreira⁵⁹ igualmente alertou:

“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”.

2. *As críticas mais contundentes.* O paradoxo que caracteriza os juizados especiais foi objeto de críticas abalizadas de parte da doutrina. Em palestra proferida em Porto Alegre em março de 2005, José Ignácio Botelho de Mesquita censurou a experiência dos juizados especiais, ressaltando que os seus julgamentos se localizariam no âmbito da jurisdição voluntária, pois somente a esta é facultado decidir sem a observância do critério da legalidade estrita, e enfatizando: “É, portanto, jurisdição que não se submete nem ao princípio da legalidade (CF art. 5º, II), nem à garantia do devido processo legal (CF art. 5º, LIV e LV)”⁶⁰. Após equiparar os juizados à mediação, à arbitragem ou aos juizados de paz, o Autor recomendou, para a sua sobrevivência, que o seu acesso fosse facultativo para ambas as partes, pois no Estado Democrático de Direito “é impensável que possa ficar à opção de uma das partes do litígio privar a outra do benefício da lei e das garantias do devido processo legal”.

Igualmente Calmon de Passos manifestou sua repulsa aos juizados, que considerou

“uma afronta à nossa Constituição e um desserviço ao que se revela hoje como valor prioritário – se pretendermos uma sociedade mais humana no futuro – a solidariedade”. E, mais adiante, qualificou de fundamental “partir-se de um devido processo constitucional de produção do direito, que se desdobra, para atingir a dimensão do concreto das relações sociais, em um devido processo constitucional de produção legislativa, administrativa, negocial e jurisdicional do direito. Vendo as coisas sob esse prisma, não consigo colocar os Juizados Especiais no abrigo protetor da Constituição, pensada e aplicada democraticamente”⁶¹.

Analisando o regime dos juizados cíveis à luz das garantias fundamentais do processo, Fernando Gama de Miranda Netto adverte que transportar para o seu procedimento sumaríssimo todas as garantias do Código de Processo Civil poderia significar a sua ordinarização. Repudia, entretanto, o obstáculo oposto no acesso a esse procedimento pela obrigatoriedade do comparecimento pessoal do autor à audiência (Lei 9.099/95, art. 51, I), especialmente para as pessoas portadoras de deficiências físicas ou com dificuldade de locomoção. Condena a proibição da utilização do regime dos juizados em face da fazenda pública estadual e municipal, assim como a desigualdade gerada pela livre escolha desse regime por parte do autor, bem como a extensa proibição de todas as modalidades de intervenção de terceiros, a irrazoabilidade de exigir que o

⁵⁸ Michele Taruffo, “Idee per una teoria della decisione giusta”, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Giuffrè, Milano, 1997, p.319.

⁵⁹ “O futuro da justiça: alguns mitos”, in: *Revista Forense*, vol. 352, p. 118.

⁶⁰ “O Juizado Especial em face das garantias constitucionais”, in: *Revista Jurídica Notadez*, nº 330, São Paulo, abril de 2005, pp.9-13.

⁶¹ “Prefácio”, in: Alexandre de Freitas Câmara, *Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais – uma abordagem crítica*, 5ª ed., Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009.

autor se pronuncie sobre a contestação do réu apresentada somente na audiência final. Discorda da proibição de rescisória, da ausência de recurso contra a sentença terminativa nos juizados federais e da vedação do recurso adesivo⁶².

3. *O déficit garantístico dos Juizados.* As chamadas *garantias fundamentais do processo* são o conjunto de regras mínimas que estruturam o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, universalmente acolhidas em todos os países que instituem a dignidade da pessoa humana como um dos pilares do Estado Democrático de Direito, consagradas explícita ou implicitamente na Constituição⁶³.

O respeito a essas garantias no processo judicial é exigência impostergável do cumprimento da promessa constitucional do Estado de Direito, expressa no § 1º do art. 5º da Carta Magna, de que todos os direitos fundamentais têm eficácia concreta.

Augusto Mario Morello e Luigi Paolo Comoglio divulgaram em época recente um projeto de bases constitucionais mínimas do processo civil *justo* para a América Latina, que sintetiza as garantias fundamentais do processo nos sistemas jurídicos latino-americanos, no qual merecem destaque para o nosso estudo: 1) o amplo acesso de todos à justiça, para a tutela dos próprios direitos e interesses legítimos, sem qualquer discriminação irrazoável; 2) o amplo acesso aos meios adequados de tutela efetiva, que assegurem a plena reintegração dos direitos violados; 3) o direito de que a causa seja examinada, discutida e decidida equitativa e publicamente, em um prazo razoável, perante um juiz independente e imparcial, preconstituído pela lei; 4) o direito ao contraditório e à ampla defesa em condições de igualdade; 5) o direito de valer-se de todos os meios de prova, mesmo atípicos, de prova direta ou de contraprova, que sejam legalmente admissíveis e pertinentes; 6) independência, preparação profissional e inamovibilidade dos juízes; 7) oralidade; 8) a motivação das decisões; 9) o duplo grau de jurisdição; 10) o recurso por violação da lei, perante tribunal superior de justiça, contra qualquer resolução judicial definitiva⁶⁴.

Em estudo anterior, seguindo ensinamentos de Cappelletti, Comoglio, Guinchard e Morello, identifiquei, como garantias fundamentais do processo, ainda mais as seguintes: 11) a assistência jurídica e judiciária aos pobres; 12) a inércia da jurisdição; 13) a coisa julgada; 14) a impessoalidade e permanência da jurisdição; 15) a efetividade qualitativa; 16) um procedimento legal, flexível e previsível; 17) a legalidade estrita no exercício do poder de coerção; 18) o respeito à dignidade humana⁶⁵.

3.1. *Competência.* A delimitação da competência dos juizados cíveis, tal como estabelecida no art. 3º da Lei 9.099/95 e no art. 3º, da Lei 10.259/2001, não atende à previsão constitucional (art. 98-I) de juizados especiais destinados às *causas cíveis de menor complexidade*.

⁶² Fernando Gama de Miranda Netto, “Juizados Especiais Cíveis entre autoritarismo e garantismo”, in *Revista de Processo*, ano 33, nº 165, ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, novembro de 2008, pp.185-200.

⁶³ Leonardo Greco, “Garantias Fundamentais do Processo: o Processo Justo”. In PEIXINHO, Manoel Mesias, GUERRA, Isabella Franco. NASCIMENTO FILHO, Firly (orgs.). *Os Princípios da Constituição de 1988*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, pp. 369-406.

⁶⁴ Luigi Paolo Comoglio, *Etica e tecnica del “giusto processo”*, ed. G. Giappichelli, Torino, 2004, pp.409-421.

⁶⁵ Ob. e loc. citis.

Outras causas de reduzida complexidade estão alijadas por esses dispositivos da competência dos juizados, sem qualquer motivo razoável, numa discriminação injustificável.

O Enunciado nº 8 do Fórum Nacional de Juizados Especiais (FONAJE), por exemplo, entende, sem qualquer justificativa objetiva, que “*as ações cíveis sujeitas aos procedimentos especiais não são admissíveis nos Juizados Especiais*”. A esse entendimento se opõe o Enunciado nº 9 do Fórum Nacional dos Juizados Especiais Federais (FONAJEF), que dispõe: “*Além das exceções constantes do § 1º do artigo 3º da Lei n. 10.259, não se incluem na competência dos Juizados Especiais Federais, os procedimentos especiais previstos no Código de Processo Civil, salvo quando possível a adequação ao rito da Lei n. 10.259/2001*”.

O Enunciado nº 54 do FONAJE restringe o exame da *menor complexidade* ao “*objeto da prova e não em face do direito material*”, o que significa que causas de grande complexidade jurídica, como aquelas em que contendem usuários com empresas concessionárias de serviços públicos, nas quais se discutem questões relativas à validade e eficácia de cláusulas de contratos de concessão e dos editais de licitações públicas que antecederam a esses contratos, com graves repercussões nos custos desses serviços e no equilíbrio econômico-financeiro desses contratos, são apreciadas pelos juizados, apesar das limitações cognitivas e temporais e da informalidade do seu procedimento. E o mais surpreendente é que, não obstante a *menor complexidade da causa* seja um requisito essencial da moldura constitucional dos juizados, o Supremo Tribunal Federal, em decisões ainda recentemente ratificadas⁶⁶, considera a abrangência desse conceito matéria infraconstitucional e, portanto, alheia à sua competência recursal, o que, à falta de recursos a outras instâncias superiores, conferiu aos próprios juizados o poder quase absoluto de decidir os limites da sua própria atuação. A jurisprudência do Superior tribunal de Justiça tem reduzido em parte esse déficit, admitindo a impetração de mandado de segurança contra decisão de Turma Recursal para permitir o controle da competência dos Juizados pelos Tribunais de Justiça dos Estados e Tribunais Regionais Federais.

3.2. *Discriminações subjetivas.* As exclusões do art. 8º da Lei 9.099/95, relativas ao incapaz, ao preso, às pessoas jurídicas de direito público e, como autoras, às pessoas jurídicas, salvo microempresas e empresas de pequeno porte, violam o princípio da isonomia.

Há inconstitucionalidade na exclusão das pessoas jurídicas, pois a estas a Constituição assegura os mesmos direitos e garantias das pessoas físicas, desde que compatíveis com a sua natureza. A proibição agride o princípio da igualdade das partes (CF, art. 5º, caput) e o direito de acesso à justiça (art. 5º-XXXV). No acesso à Justiça, que é consequência da igualdade de oportunidades, não pode haver discriminações de natureza econômica. Ao argumento de que a vedação visa a impedir que os juizados se tornassem instrumentos de cobrança de créditos em benefício de grandes empresas, desvirtuando a sua finalidade de assegurar o acesso à justiça daqueles que de acesso se encontram alijados, poderia o legislador ter dado resposta melhor se tivesse diretamente enfrentado o problema, excluindo da competência dos juizados as ações de cobrança, sem instituir qualquer discriminação em detrimento das pessoas jurídicas que, muitas vezes, são tão carecedoras de um mecanismo ágil, célere e econômico de acesso à Justiça quanto muitas pessoas físicas.

⁶⁶ V. julgamento do Tribunal Pleno no RE 567454-1 em 17/6/2009.

Mas pior é a discriminação do incapaz e do preso, pois estes, justamente pela condição de inferioridade no exercício dos seus direitos em que se encontram, devem ter compensada essa posição de desvantagem com providências que possibilitem superá-la e não serem tratados de modo discriminatório com a proibição de postulação junto aos juizados, cujo objetivo social primordial é justamente o de facilitar o exercício do direito de acesso à Justiça daqueles que, sem eles, estavam impossibilitados de alcançá-lo.

Sob o fundamento de que a exclusão do incapaz é incompatível com a disciplina dos juizados federais, cuja lei de regência (Lei 10.259/2001), no art. 6º, trata exaustivamente da questão, o Fórum Nacional dos Juizados Especiais Federais, em seu Enunciado nº 10, dispôs: *O incapaz pode ser parte autora nos Juizados Especiais Federais, dando-se-lhe curador especial, se ele não tiver representante constituído.*

A exclusão das pessoas jurídicas de direito público, especialmente no pólo passivo, a partir da criação dos juizados federais, passou a constituir um privilégio injustificável em favor dos entes públicos estaduais e municipais, violando a isonomia que exige que a tutela jurisdicional efetiva seja assegurada em igualdade de condições em relação a quaisquer sujeitos.

A impossibilidade de o autor se fazer representar por preposto (art. 51, I, da Lei 9.099/95⁶⁷) constitui uma violação da garantia do acesso à Justiça, não só para pessoas enfermas, idosas, deficientes ou com dificuldades especiais, mas para qualquer pessoa que seja, como normalmente é o autor, um litigante eventual, que tem de abandonar os seus afazeres para comparecer em Juízo.

3.3. Extinção do processo. A simplicidade e informalidade dos juizados provavelmente significava para os seus idealizadores que nos respectivos processos predominasse a forma oral, reduzidos à forma escrita, resumidamente, apenas os atos considerados essenciais (Lei 9.099/95, art.13, § 2º). Entretanto, a tendência burocrática e cartorial à adoção da forma escrita, que largamente predomina no processo ibero-americano, conforme constatação correta de Cappelletti⁶⁸, acabou por sobrepor-se à proposta inicial, que deixou vestígios em dispositivos como os do art. 51, incisos II e III, que determinam que o processo seja extinto, se o juiz reputar inadmissível o procedimento do juizado ou se reconhecer a sua incompetência territorial.

Com a extinção do processo, perdem-se todos os atos do processo e fenecem todos os efeitos da citação, o que implica para o autor o dano de voltar, muitas vezes após longos meses de espera, à mesma situação em que se encontrava antes do ajuizamento da demanda. Aparentemente, essa orientação do legislador não implicaria em violação de qualquer garantia fundamental do processo, constituindo medida de pura opção do legislador infraconstitucional.

Entretanto, em recente estudo⁶⁹, procurei demonstrar que o acesso à justiça como direito fundamental somente é assegurado plenamente se a pluralidade de procedimentos e de juízos competentes não constituir obstáculo à continuidade do processo iniciado, aproveitando-se ao

⁶⁷ V. o Enunciado 20 do FONAJE: O comparecimento pessoal da parte às audiências é obrigatório. A pessoa jurídica poderá ser representada por preposto.

⁶⁸ Mauro Cappelletti, *Procédure orale et procédure écrite*, ed. Giuffrè, Milano, 1971.

⁶⁹ *A translatio iudicii e a reassunção do processo*, in *Revista de Processo*, ano 33, nº 166, dezembro de 2008, ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, pp. 9-26.

máximo, no procedimento adequado ou no juízo competente, os atos anteriormente praticados no procedimento inadequado ou no juízo incompetente.

Ali ressaltei que a instalação de justiças especializadas ou de procedimentos mais céleres não pode criar na administração da justiça microssistemas herméticos e estanques. A unidade da jurisdição exige que todos os órgãos jurisdicionais operem no sentido de assegurar a máxima eficácia à tutela jurisdicional dos direitos, colaborando uns com os outros para que a jurisdição se exerça de forma legítima ou com o maior proveito possível para os jurisdicionados. Cooperação deve existir não apenas entre os sujeitos do processo, mas também entre todos os órgãos jurisdicionais que forem chamados a desempenhar qualquer atividade no processo, pois todos são detentores do poder jurisdicional do Estado e, por isso, plenamente aptos a praticar com eficácia todos aqueles atos processuais que não dizem respeito à esfera específica de competência de cada um, mas que são comuns a todos os órgãos jurisdicionais.

O processo é meio e não fim em si mesmo, meio válido e apropriado de exercício da jurisdição, que tem por escopo a tutela das situações jurídicas de vantagem agasalhadas pelo ordenamento. Quando o juiz extingue o processo sem resolução do mérito, frustra a realização da finalidade da jurisdição, pois não provê à tutela do direito material das partes. Por isso, o sistema processual deve favorecer os juízos de mérito e não exacerbar requisitos e condições prévios que dificultem o acesso à tutela do direito material. O acesso à justiça somente se concretiza através de provimentos de tutela do direito material das partes e não através de provimentos restritos a questões de conteúdo meramente processual.

Se as partes preenchem as condições da ação, ou seja, se elas evidenciam o seu direito à tutela do direito material, o sistema processual deve facilitar e favorecer que a atividade jurisdicional se exerça de modo útil e proveitoso para elas, não criando obstáculos irrazoáveis aos provimentos de mérito. A incomunicabilidade de jurisdições e de procedimentos acarreta uma inaceitável redução da efetividade da tutela jurisdicional, o que viola a garantia inscrita no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição brasileira.

Nos juizados especiais, os dispositivos que impedem a continuidade do processo em razão da inadequação do procedimento ou da incompetência relativa violam a garantia da tutela jurisdicional efetiva inscrita no artigo 5º, inciso XXXV, da Carta Magna, ou, no mínimo, devem ser considerados revogados pelo subsequente advento da garantia da celeridade, introduzida no inciso LXXVIII do mesmo artigo, através da Emenda Constitucional nº 45/2004.

3.4.Redução da oralidade. Todos têm direito a um diálogo humano e público com o juiz da causa, como instrumento de autodefesa, podendo exigí-lo antes do julgamento, mesmo que o procedimento adotado e as circunstâncias da causa não revelem a necessidade de provas orais. Esse direito à audiência oral integra a garantia do contraditório participativo (Constituição, art. 5º, LV), compondo o direito de influir eficazmente na decisão da causa. Nos juizados, essa garantia é mitigada pela possibilidade de que as audiências de conciliação e de instrução sejam dirigidas por conciliador ou juiz leigo, cabendo a este proferir a decisão, que fica sujeita apenas à homologação do juiz togado. Esse distanciamento ainda maior ocorre nos juizados federais, nos quais a audiência

tem sido considerada facultativa e nos quais tem sido utilizado o sistema do julgamento em lotes dos chamados processos repetitivos⁷⁰.

Há uma equivocada compreensão do contraditório participativo e da oportunidade de diálogo humano a ela inerente, instaurada na audiência, agravada pelas inúmeras hipóteses em que, na ausência de advogado, somente o contacto pessoal entre as partes e o juiz vai revelar com precisão o conteúdo das pretensões formuladas.

3.5. Redução do direito de defender-se provando. Um dos elementos mais importantes do contraditório participativo e da ampla defesa que o integra é o direito de cada uma das partes de propor e de produzir todas as provas que possam ser necessárias ou úteis à demonstração da procedência das suas alegações. Nos juizados esse direito sofre pelo menos duas profundas restrições (Lei 9.099/95, arts. 34 e 35): a limitação a três do número de testemunhas que cada uma das partes pode arrolar; e a redução da prova pericial ao depoimento oral de técnicos da confiança do juiz⁷¹.

3.6. A autorização a julgamentos de equidade. No Estado de Direito que promete ser o guardião dos direitos dos cidadãos, não pode a lei processual sujeitar qualquer litigante em qualquer causa, sem a sua voluntária adesão, a julgamentos por equidade, que significa a autorização ao julgador para adotar a solução que lhe pareça mais justa, ainda que tenha de desprezar a lei e os direitos subjetivos por ela agasalhados. A idéia de uma justiça de pequenas causas construída sobre juízos de equidade se harmoniza com a preponderante função pacificadora das *small claims courts* do direito anglo-americano, compostas preponderantemente por juízes leigos efetivamente representativos das comunidades no seio das quais se travam as controvérsias por elas solucionadas. A essa concepção se afinam os conceitos de *justiça coexistencial* difundido por Cappelletti e de *justice de proximité* dos franceses.

Importamos, através do art. 6º da Lei 9.099/95, a autorização para os julgamentos por equidade nos juizados especiais, que em nada se assemelham, salvo quanto à presumível menor complexidade das causas, às *small claims courts*, à *justiça coexistencial* ou *de proximité*, pois os magistrados que presidem os juizados são juízes profissionais e as controvérsias por eles decididas não se circunscrevem ao âmbito de comunidades de convivência, a que Cappelletti denominou, invocando categoria da sociologia, de *instituições totais*⁷². É a preservação desses elos de solidariedade entre os membros de determinadas comunidades, das quais não podem eles afastar-se

⁷⁰ Resolução 259, de 21 de março de 2005, da lavra do Presidente do TRF da 3ª Região, art. 19: “A Secretaria de cada Juizado, quando da apresentação do pedido no atendimento, independentemente de autuação ou distribuição a magistrado, designará as datas de perícias e de audiência de conciliação, instrução e julgamento, essa última respeitando o prazo de trinta dias a contar da citação, nos termos do art. 9º da Lei n. 10.259/01. (...) § 4º. No caso de sentenças por lote ou de matéria exclusivamente de direito, sem audiência ou cálculo, o processo será distribuído e publicada a sentença, em Secretaria, em até trinta dias da apresentação da contestação ou, quando sujeita a cálculo prévio, a sentença será publicada, em Secretaria, em até trinta dias da apresentação do cálculo submetido ao juiz.”

⁷¹ V. Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. III, 6ª ed., Malheiros, São Paulo, 2009, p.803.

⁷² Mauro Cappelletti, “Problemas de Reforma do Processo Civil nas Sociedades Contemporâneas”, in *Revista de Processo*, RT-SP, nº 65, ano 17, janeiro-março/92, pp. 127-143.

a não ser com grandes prejuízos à sua qualidade de vida, que depende fundamentalmente da harmonia entre eles, que justifica a preferência pelas soluções conciliadoras e pelos juízos de equidade, mais do que as decisões que dão a cada um o que é seu. Ora, esses pressupostos não se verificam nos nosso juizados. Portanto, para que o art. 6º receba uma interpretação conforme à Constituição, em face da falta de legitimidade política dos juizados e da falta de livre adesão a esse sistema por um ou por ambos os litigantes, é preciso reduzi-lo a uma repetição do disposto no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, ou seja, interpretá-lo não como autorizativo de decisões contrárias à lei, mas sugestivo da revelação do seu conteúdo através do método teleológico e da subordinação do seu alcance ao interesse geral da coletividade.

Ocorre que, numa estrutura judiciária eminentemente profissional, composta por juízes técnicos, porta-vozes da vontade da lei, o controle da legalidade das suas decisões por tribunais de âmbito nacional é também uma garantia fundamental do processo, conforme apontado por Morello e Comoglio, no estudo anteriormente citado, porque somente esse controle é capaz de assegurar a igualdade de tratamento de todos os cidadãos e a uniformidade das decisões judiciais.

Jurisdição de equidade é perfeitamente compatível com o Estado constitucional, desde que decorrente de uma das duas seguintes condições, que não se apresentam nos juizados brasileiros: livre adesão dos litigantes, como ocorre na arbitragem de equidade (Lei 9.307/96, art.2º); ou justiça da comunidade, exercida em relação aos seus próprios pares por juízes leigos com investidura democrática⁷³.

3.7. O patrocínio facultativo por advogado. As regras do art. 9º, §§ 1º e 2º da Lei 9.099/95 não são suficientes para assegurar a paridade de armas, no caso da parte que se defende sem advogado, o que afronta as garantias do contraditório e da ampla defesa em condições de igualdade. Essa é uma constatação intuitiva, que todo juiz ou advogado que milita em juizados faz imediatamente, e que se evidencia sempre que uma das partes tem o patrocínio de advogado e a outra não. O § 1º do art. 9º põe à disposição da parte sem patrono o serviço de assistência judiciária, *se quiser*. Já o § 2º determina que o juiz apenas alerte as partes da conveniência do patrocínio por advogado. Isso significa que, se o juiz constatar que a parte não tem condições de se defender sem advogado e se ela não atender à sua advertência, ela efetivamente permanecerá em posição de franca desvantagem em relação ao seu adversário e a única forma de suprir essa inferioridade será o juiz abrir mão da sua imparcialidade e tornar-se de fato o defensor do mais fraco. Ora, por mais especial que seja a justiça do juizado, a imparcialidade do juiz, no sentido de *alteridade* ou *alienidade* em relação às duas partes e ao objeto do seu julgamento, é indissociável de qualquer conceito de jurisdição.

A ausência do advogado é particularmente significativa na conciliação, especialmente quando ela transcorre sem a presença do juiz, pela absoluta desproteção a que é relegado o litigante, confrontado a um adversário assistido por competente advogado e a um conciliador carente de formação e, em geral, ávido de obter o maior número possível de acordos, que são normalmente apontados como indicativos da excelência da sua atuação.

⁷³ É forçoso reconhecer que a doutrina é polêmica a respeito do alcance do art. 6º, quanto à autorização para decidir por equidade, entretanto é inquestionável que o seu texto tem servido para exacerbar o abandono de regras geralmente aplicáveis à jurisdição civil, sob a justificativa dos fins sociais do microsistema dos juizados.

A imposição da presença do advogado, e não apenas o conselho para constituí-lo, nas hipóteses em que a parte não apresenta condições de exercer por si a sua própria defesa e se confronta com a atuação de advogado que patrocina os interesses do seu adversário, poderia remediar essa desigualdade, sem comprometer a imparcialidade do juiz.

3.8. Audiência bilateral reduzida. É sabido que a audiência bilateral (*audiatur et altera pars*) é uma das principais regras decorrentes da garantia constitucional do contraditório. Nada o juiz deve decidir no processo, sem que ambas as partes tenham tido previamente a oportunidade de se pronunciar e, conseqüentemente, de influir eficazmente na decisão. Ora, a audiência bilateral exige que as partes disponham de prazos razoáveis para se manifestarem no processo a respeito de qualquer questão. Nesse aspecto, a Lei 9.099, nos seus artigos 28 e 29, coloca o autor em posição de extrema inferioridade, em relação ao seu adversário. Enquanto o réu pôde preparar a sua contestação durante prazo bastante razoável, o autor dela toma conhecimento na audiência de instrução e julgamento e nessa mesma audiência é obrigado a pronunciar-se sobre a defesa do réu e sobre os documentos a ela anexados, para que o juiz decida de imediato qualquer questão incidente. Há uma flagrante desigualdade de tratamento e a sujeição do autor aos efeitos de decisões nas quais não teve a oportunidade efetiva de influir.

3.9. Deficiência de fundamentação. A cognição do julgador nos juizados se caracteriza por extrema superficialidade, sendo extremamente limitada, tanto no juízo de primeiro grau, quanto nas turmas recursais. Os depoimentos orais não são reduzidos a escrito (art.36), sendo apenas referidos na sentença nos pontos por ela considerados essenciais. O seu reexame pela turma recursal fica restrito à reapreciação das apreciações do próprio julgador de primeiro grau, sem necessário acesso ao conteúdo dos depoimentos. A sentença de 1º grau não contém relatório (art. 38), que integra com a motivação a garantia constitucional da fundamentação, pois é através dele que o juiz evidencia ter exercido efetiva cognição sobre todos os atos do processo, todas as alegações das partes e todas as provas. O juiz togado homologará a sentença do juiz leigo sem ter tido qualquer contacto humano com as partes e com as provas (art. 40). O julgamento da turma recursal pode consistir em simples súmula, quando confirmatório da sentença de 1º grau (art. 46).

Não é ocioso recordar aqui as manifestações candentes da doutrina e da jurisprudência constitucional sobre a importância da motivação e sobre o conteúdo que a compõe⁷⁴. Todo provimento jurisdicional deve ser motivado, apresentando justificação suficiente do seu conteúdo e evidenciando o respeito ao contraditório participativo através do exame e consideração de todas as alegações e provas pertinentes apresentadas pelas partes. O contraditório participativo se completa na fundamentação das decisões, na medida em que nelas o juiz demonstra que de fato levou em consideração toda a atividade argumentativa e probatória desenvolvida pelas partes e que, assim, estas efetivamente tiveram ampla possibilidade de influir na sua decisão. Por outro lado, o controle da justiça da decisão, seja ele o que as partes efetuam, através da interposição dos recursos, seja o que as instâncias superiores exercem no seu julgamento, seja o controle social que a coletividade exerce, tomando conhecimento das decisões nas causas que a ela interessam e verificando a consistência da sua motivação, pressupõe que todas as questões relevantes tenham

⁷⁴ V. o meu estudo sobre *Garantias*, anteriormente citado, assim como o meu *Resumo do livro de Michele Taruffo La motivazione della sentenza civile (CEDAM, Padova, 1975)*, 2005, in *Revista de Processo*, ano 32, n° 144, fevereiro de 2007, ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, pp.306-327.

sido adequadamente conhecidas, examinadas e apreciadas pelo juiz da causa. Não basta uma fundamentação racionalmente coerente.

4. Paradoxal estabilidade das decisões. Os tópicos acima assinalados, aos quais outros poderiam ser acrescentados se descêssemos à análise dos enunciados dos fóruns dos juizados nacionais e de alguns juizados estaduais, são suficientes para demonstrar que o microsistema dos juizados especiais é uma justiça a parte, na qual as garantias fundamentais do processo não são respeitadas, porque neles prevalece a busca por decisões simples, rápidas e de baixo custo para as partes e para a própria administração da Justiça. A previsão constitucional os agasalha, mas, por si só, não é suficiente para justificar tantas violações a garantias fundamentais, quase todas elas inscritas como direitos fundamentais de todos os cidadãos no próprio texto constitucional.

No entanto, é paradoxal que, apesar desse déficit garantístico, as decisões dos juizados aparentemente gozem de muito mais estabilidade do que as de quaisquer outros juízos. Com efeito, a inexistência de recurso contra as decisões interlocutórias, salvo contra o deferimento de medidas cautelares nos juizados federais (Lei 10.259/2001, arts. 4º e 5º), a inexistência de recurso para os tribunais de 2º grau e para o STJ por violação da lei federal, o reexame restrito das sentenças pelas turmas recursais em cognição de 2º grau manifestamente sumária (Lei 9.099/95, arts. 36 e 46), a vedação da rescisória (Lei 9.099/95, art.59), e a vedação de recurso contra as decisões terminativas nos juizados federais (Lei 10.259/2001, art. 5º) suprimem os principais mecanismos de controle do arbítrio dos juízes de 1º grau, especialmente diante dos amplos poderes discricionários de condução do processo, de comunicação informal com as partes e com os advogados (art.13, § 2º e art.19), de registro resumido do conteúdo dos atos (art. 13, §3º), de deferimento e produção de provas (arts. 33 e 40), de delegação da instrução a juiz leigo (art.37) e de julgamento por equidade (art.6º).

Por outro lado, é digno de nota que em nenhum dispositivo as Leis 9.099/95 e 10.259/2001 mencionam a formação da coisa julgada nas causas decididas pelos juizados. A expressão “trânsito em julgado” é utilizada nos arts.13, § 3º, 52, incisos III e IV, da Lei 9.099, e 16 e 17 da Lei 10.259, claramente no sentido de decisão não mais sujeita a recurso e não propriamente de coisa julgada como imutabilidade da sentença ou dos seus efeitos de direito material.

5. A cognição sumária e as exigências da vida moderna. O processo de conhecimento sistematizado no racionalismo científico da doutrina e das codificações da primeira metade do século XX caracterizou-se pela amplitude de formas e de prazos, pela rigidez do procedimento, pela subordinação do juiz em suas decisões a critérios de estrita legalidade, sempre em busca de juízos de certeza jurídica que sepultassem as controvérsias com a autoridade da coisa julgada. *Res judicata pro veritate habetur.*

Não foram poucas as críticas a esse modelo pesado e inflexível de processo judicial, que se revelou incapaz de atender aos anseios de tutelas de urgência e de soluções, ainda que menos seguras, porém mais rápidas, estabilizando razoavelmente as relações jurídicas controvertidas de modo mais compatível com a própria velocidade da vida moderna. Em muitos sistemas processuais foram criados ou recriados procedimentos de cognição sumária para atender às mais diversas exigências da sociedade.

Na clássica obra sobre a cognição no processo civil, Kazuo Watanabe ressaltou⁷⁵:

“O direito e o processo devem ser aderentes à realidade, de sorte que as normas jurídico-materiais que regem essas relações devem propiciar uma disciplina que responda adequadamente a esse ritmo de vida, criando os mecanismos de segurança e de proteção, que reajam com agilidade e eficiência às agressões ou ameaças de ofensa. E, no *plano processual*, os direitos e pretensões materiais que resultam da incidência dessas normas materiais devem encontrar uma tutela rápida, adequada e ajustada ao mesmo compasso”.

Num ensaio recente, Andrea Proto Pisani, um dos mais destacados impulsionadores dessa tendência, observou que

“...o século XX passará à História como o período em que a legislação e a doutrina processuais desenvolveram uma série de instrumentos (alguns de origem antiqüíssima, provenientes do direito comum e da Idade Média), destinados a tornar residual o processo de cognição plena no sistema de tutela jurisdicional dos direitos entendido em seu conjunto”⁷⁶.

Luiz Fux assinalou a importância da obra de Proto Pisani na demonstração de que não existe uma forma única de tutela jurisdicional ideal para todas as situações jurídicas e constatou que o princípio da efetividade, que procura estruturar o processo sob o prisma da sua utilidade social, determinou a busca de técnicas que conferissem ao cidadão uma tutela tempestiva e justa⁷⁷.

A sumariedade temporal, no sentido de redução do tempo do processo, através de um procedimento concentrado, não é incompatível com a cognição exauriente, desde que todas as questões de fato e de direito relevantes para o julgamento do pedido possam ser suscitadas, debatidas e demonstradas por todos os meios úteis, em contraditório que possibilite às partes influir amplamente e com paridade de armas na decisão final.

Entretanto, a tutela tempestiva e adequada de muitas situações jurídicas tem determinado a criação de procedimentos sumários de cognição não exauriente ou sumária, em que da limitação de garantias ou de possibilidades de defesa podem redundar: i) ou decisões provisórias, como na tutela cautelar ou antecipatória, revogáveis ou modificáveis a qualquer tempo; ii) ou decisões definitivas dotadas da mesma estabilidade das alcançadas através da cognição exauriente, quando as referidas limitações não prejudicaram a efetiva cognição de todas as questões relevantes, como, por exemplo, no mandado de segurança julgado procedente, pois a limitação probatória não impediu o reconhecimento do direito do impetrante, porque não havia controvérsia sobre matéria de fato ou esta se reduzia à apreciação da prova documental pré-constituída; iii) ou um *non liquet*, porque a limitação cognitiva impediu qualquer juízo de probabilidade minimamente confiável sobre o direito material controvertido, como ocorre no mandado de segurança denegado por falta de direito líquido e certo, ou seja, porque há controvérsia essencial sobre questões de fato e o procedimento não possibilita dilação probatória; iv) ou um juízo definitivo sobre a procedência ou improcedência do pedido, fundado em razoável juízo de probabilidade da existência e da titularidade do direito material reconhecido a uma das partes, plenamente eficaz na regulação da relação jurídica controvertida, mas sujeito a ser anulado através de um outro procedimento de cognição exauriente, revestido de todas as garantias.

⁷⁵ Kazuo Watanabe, *Da cognição no processo civil*, 2ª ed., Bookseller, Campinas, 2000, p.143.

⁷⁶ Andrea Proto Pisani, “Verso la residualità del processo a cognizione piena?”, in *Studi in onore di Carmine Punzi*, vol. I, G. Giappichelli ed., Torino, 2008, pp.699-707.

⁷⁷ Luiz Fux, *Curso de Direito Processual Civil*, ed., Forense, Rio de Janeiro, 2001, p.1085.

Em alguns sistemas processuais, como no procedimento monitório alemão, a possibilidade ou não de revisão do julgado em outro procedimento de cognição exauriente é determinada pelo juiz no momento do julgamento da ação de cognição sumária, através do que se denomina a *condenação com ressalva* (ZPO, § 599)⁷⁸. Imagine-se que num mandado de segurança, por hipótese, havendo controvérsia fática não solucionável no procedimento tipicamente documental, o juiz decidisse a causa apenas com os documentos produzidos, julgando-a procedente ou improcedente, e ressalvasse ao vencido anular a decisão em outra ação que lhe caberia propor, caso avaliasse positivamente a probabilidade de um resultado diverso, na qual se dispusesse a produzir todas as demais provas que poderiam infirmar a anterior conclusão.

6.A tutela jurisdicional diferenciada. A essa multiplicidade de procedimentos e de mecanismos de tutela adequados à diversidade das situações de direito material que o processo civil tem engendrado, Proto Pisani denominou genericamente de *tutelas jurisdicionais diferenciadas*, que podem ser procedimentos de cognição exauriente adaptados às peculiaridades da relação jurídica de direito material controvertida, ou procedimentos de cognição sumária, que acentuam a celeridade e a efetividade da tutela jurisdicional de determinadas situações jurídicas⁷⁹.

Humberto Theodoro Júnior e José Roberto dos Santos Bedaque também adotam essa dupla significação⁸⁰. Cândido Dinamarco prefere associar o conceito à proteção por via jurisdicional “mediante meios processuais particularmente ágeis e com fundamento em uma cognição sumária”⁸¹.

Na doutrina contemporânea há outros conceitos de tutela diferenciada, que procuram vinculá-la à outorga ao juiz da responsabilidade de dar especial proteção a determinados direitos fundamentais que merecem tratamento privilegiado. Roberto Berizonce reconhece que o direito processual procura acomodar-se à escala de valores predominante na comunidade numa época determinada. Outrora foram os tradicionais meios de tutela da propriedade (interditos, ações possessórias) ou das relações mercantis (títulos executivos), aos quais se acrescentam atualmente as tutelas diferenciadas dos direitos do trabalho, da seguridade social, da intimidade, da dignidade humana, da saúde, do meio ambiente, mas alerta para os perigos dessa proliferação de meios de tutela, que, a pretexto de compensar desequilíbrios sociais e de proteger os mais fracos, acabaria por criar um processo *sui generis* para cada cidadão ou esbarraria no conflito de direitos fundamentais⁸².

Não divergem os autores em que a criação de procedimentos de cognição sumária, ou seja, não exauriente, para a tutela efetiva e célere de determinadas situações jurídicas que, sem eles frequentemente ficariam privadas de proteção, em razão dos obstáculos econômicos, burocráticos e

⁷⁸ Peter L. Murray e Rolf Stürner, *German Civil Justice*, ed. Carolina Academic Press, Durham, 2004, p.426.

⁷⁹ Andrea Proto Pisani, “Sulla tutela giurisdizionale differenziata”, in *Rivista di Diritto Processuale*, ed. CEDAM, Padova, 1979.

⁸⁰ Humberto Theodoro Júnior, “As liminares e a tutela da urgência”, in *Tutela jurisdicional de urgência – medidas cautelares e antecipatórias*, 2ª ed., América-Jurídica, Rio de Janeiro, 2001, p.4; José Roberto dos Santos Bedaque, *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*, 5ª ed., Malheiros, São Paulo, 2009, p.25.

⁸¹ Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. III, 6ª ed., Malheiros, São Paulo, 2009, p.768.

⁸² Roberto O. Berizonce, “Fundamentos y confines de las tutelas procesales diferenciadas”, in *Revista de Derecho Procesal*, 2008-2, Tutelas procesales diferenciadas – I, ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, pp.35-49.

temporais ao acesso à justiça, constitui uma modalidade de tutela jurisdicional diferenciada. Cumpre examinar se os juizados especiais constituem ou não um procedimento de cognição não exauriente e, em caso positivo, que conseqüências daí podem decorrer em face das apontadas reduções de eficácia de garantias fundamentais.

7.A cognição não exauriente. Apesar das limitações cognitivas impostas pelo procedimento dos juizados especiais, a doutrina dominante tem insistido em considerá-lo um procedimento de cognição plena e exauriente⁸³. Kazuo Watanabe assevera que o processo dos juizados especiais, “apesar da extrema simplicidade, informalidade e celeridade”, “é de cognição plena e exauriente, apto portanto à formação da coisa julgada material, e não processo de cognição superficial”⁸⁴. Entretanto, o mesmo autor reconhece, em seguida⁸⁵,

“que as limitações ao direito do contraditório e, por via de conseqüência, da cognição do juiz, sejam estabelecidas em lei processual ou em lei material, se impossibilitam a efetiva tutela jurisdicional do direito contra qualquer forma de denegação da justiça, ferem o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional e por isso são inconstitucionais”.

Mas é importante a advertência do mestre sobre a necessidade de estudar o processo “enquanto previsão da lei, vale dizer, no plano abstrato”, que vai permitir verificar se ele atende à cláusula do devido processo legal que inclui, ao lado do contraditório e de outras garantias, o direito “à cognição adequada”⁸⁶.

Seguindo esse ensinamento, examinemos as condições propostas por Proto Pisani para que um procedimento possa propiciar uma cognição exaustiva. No estudo de 2008, acima citado⁸⁷, no qual reproduz quase literalmente o texto das suas *Lezioni*⁸⁸, o Autor aponta as duas características essenciais do que denomina a cognição plena: 1) a predeterminação legal das formas e dos prazos, assim como dos poderes, deveres e faculdades processuais das partes e do juiz, especialmente com referência à proposição de demandas, exceções e fatos que constituem o seu fundamento; à fixação dos meios de prova, à predeterminação das modalidades da sua produção e dos sujeitos que podem tomar a iniciativa de produzi-las; aos prazos de defesa das partes na fase introdutiva, no curso do processo e na fase decisória; 2) a realização plena do contraditório em forma antecipada, para que o provimento final do juiz somente seja proferido depois que tenha sido garantida a ambas as partes a possibilidade de fazer valer todas as próprias defesas (exceções, proposições probatórias, demandas reconventionais). Como conseqüência dessas características, ao acertamento contido na sentença é atribuída a autoridade da coisa julgada substancial. A predeterminação minuciosa do modo de realização do contraditório e a sua efetivação em forma plena e antecipada é que fazem que o pronunciamento final do juiz adquira a imutabilidade da coisa julgada.

Nos juizados especiais, parece-me que os defeitos apontados nos itens 3.4, 3.5, 3.6, 3.7, 3.8 e 3.9 são suficientes para evidenciar que ambas as partes, no seu procedimento, sofrem substancial redução nas possibilidades de exercício da sua defesa e de influir eficazmente na decisão final. Com

⁸³ Flávio Luiz Yarshell, *Tutela jurisdicional*, 2ª ed., DPJ Editora, São Paulo, 2006, p.87.

⁸⁴ Kazuo Watanabe, ob.cit., p.115.

⁸⁵ Ob.cit., p.118.

⁸⁶ Idem, p.124.

⁸⁷ Andrea Proto Pisani, “Verso la residualità del processo a cognizione piena?”, in *Studi in onore di Carmine Punzi*, vol. I, G. Giappichelli ed., Torino, 2008, pp.699-707.

⁸⁸ Andrea Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, 5ª ed., Jovene, Napoli, 2006, p.546.

efeito, a redução da oralidade, a redução do direito à prova, a autorização a julgamentos de equidade, a desigualdade das partes quando apenas uma delas é defendida por advogado, a audiência bilateral reduzida pela exigüidade de prazos e as deficiências de fundamentação das decisões sacrificam a cognição adequada à tutela jurisdicional efetiva dos direitos em jogo, em benefício da facilitação do acesso à justiça e da celeridade.

Nem na arbitragem, em que ambas as partes definem de comum acordo as regras a serem observadas no seu processo, podem elas abrir mão do contraditório, da igualdade das partes (Lei 9.307/96, art. 21, § 2º) e da exaustiva fundamentação da decisão (art. 26), garantias a que não podem ambas as partes renunciar previamente. O que dizer do regime dos juizados estaduais, em que a opção por esse procedimento é apenas do autor, não do réu; ou dos juizados federais, em que o procedimento dos juizados é obrigatório, não sendo objeto de livre opção nem do autor, nem do réu?

8. Os juizados como tutela diferenciada. Se o procedimento dos juizados fosse o procedimento comum aplicável a todos os tipos de causas, eu não teria dúvida de considerá-lo absolutamente inconstitucional por todos os defeitos enumerados no item 3 acima que, aliás, não constituem um rol exaustivo. Nesse caso, para salvá-lo somente haveria uma solução: ordenar os juizados, o que sacrificaria os objetivos que determinaram a sua criação, que foram a facilitação do acesso à justiça em favor de pessoas e causas que dele estavam alijadas e a celeridade. Parece que o grande sonho dos que o idealizaram, que não merecem críticas por isso, ao contrário, foi o de que os métodos e as simplificações dos juizados pudessem influir no processo civil comum e afinal incorporar as suas características ao próprio processo comum, o que hoje pareceria inteiramente fora de propósito, pela distância em que se encontram os juizados de um procedimento de cognição adequada e plenamente garantístico.

Entretanto, parece-me que boa parte dos déficits garantísticos dos juizados podem ser absorvidos sem comprometê-lo, se compreendermos esse procedimento como uma modalidade de tutela jurisdicional diferenciada. Como vimos acima, uma das características da tutela jurisdicional diferenciada é a de prover especificamente ao acesso à justiça em determinados tipos de relação jurídica que, sem ela, ficariam alijados desse acesso. Para as causas de pequena complexidade, o custo, a morosidade e as exigências formais do procedimento ordinário são barreiras intransponíveis. Os números já demonstraram que, através dos juizados, o Poder Judiciário passou a atender a uma enorme gama de situações jurídicas e de pessoas que não tinham acesso à tutela de pequenos direitos.

Encarar os juizados como uma modalidade de tutela jurisdicional diferenciada permite aceitar muitos dos seus déficits garantísticos, como necessários para que ele alcance os seus objetivos. Há uma perda de qualidade, há uma cognição incompleta, não exaustiva, as partes não têm as mesmas amplas faculdades de propor e produzir alegações e provas, de travar com o juiz um permanente diálogo humano e o juiz não precisa demonstrar que examinou e levou em consideração toda a atividade postulatória, argumentativa e probatória das partes. Mas em compensação, os juizados resolvem satisfatoriamente muitos litígios que, sem eles ficariam sem solução jurídica, nos quais acabava por prevalecer a vontade do mais forte.

9. *A limitação da coisa julgada.* A renúncia ao mais elevado patamar garantístico, em favor da facilitação do acesso à justiça, da simplicidade do procedimento e da celeridade, tem um preço necessário, que preserva os juizados, mas não priva o vencido do direito a um processo com todas as garantias, se num processo ulterior de cognição exaustiva puder demonstrar que perante o juizado não pôde exercer plenamente a sua defesa e que tem a apresentar argumentos ou provas, que, pela superficialidade da cognição, não puderam ser apresentados ou não foram devidamente considerados. Isto significa que a sentença no juizado não pode ter a mesma estabilidade da coisa julgada no processo de conhecimento de cognição exaustiva. Essa, aliás, é uma conseqüência natural das modalidades de tutela diferenciada caracterizadas pela cognição sumária.

Muitos sustentam que a coisa julgada é uma criação do legislador, ou seja, que a lei pode atribuir a imutabilidade dos efeitos da sentença por opções de política legislativa, mesmo sem cognição exaustiva, como fez o Código de 73, por exemplo, com a homologação da transação, por ele definida como sentença de mérito (art. 269, III) e título executivo judicial (art. 584, III, substituído pelo art. 475-N, III). Assim, não havendo na legislação especial relativa aos juizados qualquer regra especial sobre a coisa julgada e aplicando-se subsidiariamente ao seu procedimento as disposições do Código de Processo Civil, a sentença nos juizados é um título executivo judicial que faz coisa julgada como qualquer sentença proferida no processo civil de conhecimento⁸⁹.

Não é este o momento de comentar a técnica de redação adotada pelo Código de 73, mas apenas observo que as sentenças nos procedimentos de jurisdição voluntária resultam muitas vezes de processos de conhecimento, são títulos executivos judiciais e, no entanto, não fazem coisa julgada. A equiparação da transação à sentença vem de uma tradição medieval (*confessus pro judicato habetur*), aliás, reproduzida até no Código Civil de 1916 (art. 1.030), e, não obstante o disposto no art. 485, VIII, do CPC, a jurisprudência tem admitido ação anulatória, independentemente de rescisória, quando o defeito apontado se encontra no próprio acordo, e não na sentença que o homologou.

Vem se solidificando na doutrina, entretanto, o entendimento de que a coisa julgada somente pode ser estabelecida em relação a sentenças que resultaram de procedimentos de cognição exauriente. Assim, Eduardo Talamini observa que a lei não pode atribuir a autoridade da coisa julgada a pronunciamentos emitidos sem a observância do contraditório e a presença de cognição exauriente⁹⁰.

Citando Flávio Yarshell⁹¹, com o qual concorda, no sentido de que não é inconstitucional a proibição da ação rescisória no regime dos juizados especiais, Talamini discorda do professor paulista para admitir o mandado de segurança como via adequada para a revisão das decisões finais dos juizados⁹². Alexandre Freitas Câmara sustenta a admissibilidade da querela de nulidade, nas mesmas hipóteses de rescisória, apenas com juízo rescindente, não rescisório, da competência do juízo comum e com o mesmo prazo decadencial do art. 495⁹³.

⁸⁹ Cândido Dinamarco, por exemplo, embora reconheça que, por vários modos, a profundidade da cognição é limitada nos juizados, considera que essas restrições não interferem na segurança da decisão, à qual se aplicam todas as disposições sobre a coisa julgada do Código de Processo Civil (*Instituições*, vol. III, pp.803 e 841-842).

⁹⁰ Eduardo Talamini, *Coisa julgada e sua revisão*, ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2005, pp.53-54.

⁹¹ Flávio Luiz Yarshell, *Tutela jurisdicional*, 2ª ed., DPJ Editora, São Paulo, 2006, p.88.

⁹² Ob. cit., p. 523.

⁹³ Alexandre Freitas Câmara, *Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais – uma abordagem crítica*, 5ª ed., Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009, pp. 164-168.

Com a devida vênia dos que pensam em contrário, o problema não está em saber se existe ou não a previsão legal de uma ação típica para desconstituir a sentença final proferida no juizado especial, em face da vedação expressa à ação rescisória, pois, de acordo com o inciso XXXV do art. 5º da Constituição, nenhuma lesão ou ameaça a direito pode ser subtraída da apreciação do Poder Judiciário, mas de saber se existe ou não coisa julgada, porque se esta existe não há mais de falar-se em lesão ou ameaça a direito, porque o direito das partes será aquele que a sentença declarou.

Os fundamentos da tutela diferenciada (simplicidade, celeridade e facilitação do acesso à justiça para conflitos que versem sobre relações jurídicas de menor complexidade) justificam um processo com menos garantias, mas a redução destas impõe que ao eventual prejudicado seja assegurado um outro meio de lutar pela tutela do seu alegado direito, num processo em que tenha ampla oportunidade de contraditório e de exercício do direito de defesa, pois, repito, se o Estado de Direito não oferecer ao titular do direito material o meio adequado de demonstrar a sua existência e de obter a sua proteção através de uma cognição adequada, estará descumprindo as promessas constantes do referido inciso XXXV do art. 5º da Carta Magna e recusando a eficácia concreta e imediata dessa garantia e de quaisquer outros direitos fundamentais cuja tutela possa ser posta em jogo perante os juizados (art. 5º, § 1º).

Examinando a correlação entre a tutela sumária e as garantias fundamentais do processo, Lucio Lanfranchi assevera que nenhum procedimento de cognição sumária pode exaurir-se em si mesmo, sem oferecer ao prejudicado a possibilidade de defender-se num momento posterior, no qual a demanda judicial seja submetida a um juízo de cognição plena e a execução provisória da sentença seja suscetível de suspensão ou de revogação⁹⁴.

10. O meio adequado de revisão. Embora não me preocupe a tipicidade da ação cabível para a revisão do julgado no juizado, mesmo porque me parece que o direito à ação de revisão decorre da própria Constituição, podendo ser utilizado mais de um procedimento, aquele que parecer ao prejudicado mais adequado de acordo com o fundamento do pedido de revisão, considero perfeitamente admissíveis, para resolver a maior parte das situações, o mandado de segurança e a ação anulatória do artigo 486 do CPC. Se a controvérsia for exclusivamente de direito, o mandado de segurança pode oferecer solução mais rápida. Mas certamente não se prestará às hipóteses em que o prejudicado necessite produzir provas inartificiais, como a prova testemunhal, pela limitação quanto à extensão cognitiva a que está sujeito o mandado de segurança.

Em qualquer hipótese, parece-me que a ação de revisão será, em caráter principal, uma ação de anulação de ato jurídico. A preclusão de todos os meios de impugnação no processo em que foi proferida torna a sentença do juizado anulável através de ação autônoma de impugnação, em todos os casos em que nulo ou anulável é qualquer ato jurídico, nos termos da lei civil. Os motivos de nulidade do ato jurídico em geral, são reputados motivos de anulabilidade da sentença que, pela preclusão ou esgotamento de todos os recursos no processo em que foi proferida, produzirá todos os efeitos válidos, como ato de vontade do Estado, enquanto não for desconstituída por uma nova sentença em procedimento de cognição exaustiva (Código Civil, art.177).

A sentença que for impugnada pelo cerceamento da amplitude da prova, de outro elemento componente de uma garantia fundamental do processo ou pela violação do princípio da legalidade,

⁹⁴ Lucio Lanfranchi, *La roccia incrinata – garanzia costituzionale del processo civile e tutela dei diritti*, 2ª ed., G. Giappichelli, Torino, 2004, p.66, citando Comoglio.

será anulável pela violação da garantia constitucional ou do referido princípio e, ao pedido de sua desconstituição, poderá ser cumulado o de novo julgamento da causa em cognição exauriente. Dependendo do fundamento da ação de anulação, variará o respectivo prazo decadencial (v. arts. 178 e 179 do Código Civil).

A admitir-se essa ação anulatória autônoma, dever-se-á admitir também que ela seja também proposta incidentalmente, perante o próprio juizado, através dos embargos previstos no art.52, inciso IX, da Lei 9.099/95 ou da impugnação instituída pela Lei 11.232/2005⁹⁵. Já sustentei essa possibilidade, apesar da limitação cognitiva então imposta aos embargos na execução de título judicial pelo antigo art. 741 do CPC, quando o título executivo fosse sentença proferida na jurisdição voluntária, que não faz coisa julgada⁹⁶. Normalmente os embargos à execução, assim como a impugnação criada pela Lei 11.232/2005, são ação de cognição exauriente. Entretanto, pode ocorrer que os embargos venham a sofrer algumas limitações cognitivas próprias do procedimento dos juizados, caso em que não será grande vantagem substituir um provimento final sem coisa julgada, em razão da cognição não exauriente, por outro igualmente sem cognição exauriente e, portanto, também sem coisa julgada.

Fora do prazo dos embargos, não se pode excluir a hipótese de o vício da sentença ser argüido através de exceção de pré-executividade, para impedir a continuidade da execução, mas com a impossibilidade de formação de coisa julgada, em face da cognição sumária que caracteriza esse incidente⁹⁷.

Todos esses caminhos podem gerar a falsa impressão de que despir a sentença final nos juizados especiais da autoridade da coisa julgada, criará uma vulnerabilidade de tal dimensão, que tornará inócuo todo o esforço dos juizados. Esse temor já foi desmentido em todos os países que possuem procedimentos cognitivos sumários sem coisa julgada ou com uma coisa julgada mitigada. O índice de sentenças que vieram a ser impugnadas em procedimentos de cognição exauriente é mínimo. Isso certamente ocorrerá no Brasil, se o entendimento aqui defendido vier a ser adotado entre nós, porque, para anular a decisão do juizado, será necessário demonstrar: 1) que o prejudicado teve o seu direito de defesa cerceado pela violação de uma das garantias fundamentais do processo que têm eficácia reduzida nos juizados; 2) que no procedimento de cognição exauriente o prejudicado é capaz de obter uma decisão diversa daquela que o atingiu no juizado.

Assim, por exemplo, se eu alego a nulidade da sentença porque somente pude ouvir três testemunhas, terei de demonstrar: a) que eu teria outras testemunhas a inquirir; b) que, colhendo agora no procedimento de cognição exauriente o depoimento dessas outras testemunhas e somando-os aos das que foram ouvidas no procedimento perante o juizado, eu consigo evidenciar que a sentença primitiva foi injusta.

⁹⁵ Tenho entendido que, no silêncio da Lei 11.232/2005, o regime do chamado cumprimento da sentença por ela instituído se aplica aos procedimentos especiais, salvo naquilo em que estes possuem disposições expressa diversas. Por isso, me parece que o meio de defesa na execução de sentença dos juizados continua a ser o dos embargos do executado, expressamente previstos no referido art. 52, IX, da Lei 9.099.

⁹⁶ Leonardo Greco, *O Processo de Execução*, vol. 2, ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2001, p.599.

⁹⁷ V. Leonardo Greco, *As ações na execução reformada*, in *Execução civil - estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior* (coord. Ernane Fidélis dos Santos, Luiz Rodrigues Wambier, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier, ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, pp.850/867.

11. Conclusão. Neste ponto vou me deter. A redução da estabilidade das decisões não oferece remédio a todos os defeitos dos juizados especiais. Aqui mesmo aponteí outras questões, como o incumprimento da delimitação constitucional da sua competência e as exclusões subjetivas francamente violadoras da isonomia, para as quais a via da ação autônoma de impugnação certamente seria muito penosa, devendo encontrar outro tipo de solução. A questão da competência somente encontrará solução por via legislativa, a menos que o STF venha a alterar o seu atual entendimento, de que se trata de questão infraconstitucional, ou que os próprios juizados venham a acolher postulações de menor complexidade, mesmo além do rol dos arts. 3º da Lei 9.099/95 e 3º da Lei 10.259/2001. Já as exclusões subjetivas discriminatórias poderiam vir a ser impugnadas através de ação de controle concentrado de constitucionalidade, assim como serem ignoradas pelos próprios juizados, como o fizeram os juizados federais em relação ao incapaz, através do Enunciado nº 10 do FONAJEF.

A extinção do processo com fundamento nos incisos II e III do art. 51 pode ser remediada por diversas vias, como o recurso do art. 41 da Lei 9.099/95 nos juizados estaduais, ou o mandado de segurança nos juizados federais.

Em qualquer caso, a implementação de mecanismos de revisão das decisões dos juizados pela justiça civil comum certamente romperá o hermetismo desse chamado microssistema, o que será extremamente saudável para que, a par de uma justiça célere e acessível a todos, possamos dizer que temos uma justiça democrática e necessariamente igual para todos, subordinada em todos os seus meios de expressão ao princípio da legalidade.

Por outro lado, o reconhecimento de que os juizados constituem uma modalidade de tutela diferenciada apresenta pelo menos uma outra consequência que me parece extremamente positiva: a de demonstrar que o arrojo do legislador na solução do problema do crescimento do volume de causas, através da criação de procedimentos mais ágeis, mesmo com limitações cognitivas, não é uma solução pragmática que a teoria repudia, mas é perfeitamente conciliável com uma justiça de qualidade, plenamente respeitadora das garantias fundamentais do processo constitucionalmente asseguradas, desde que o intérprete seja capaz de identificar, sem medo, as reduções garantísticas impostas por esses procedimentos, daí extraindo o reflexo necessário na estabilidade das decisões e na identificação dos meios para a sua eventual correção.

Rio de Janeiro, 9 de agosto de 2009

OS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS E O E-PROCESS: O EXAME DAS GARANTIAS PROCESSUAIS NA ESFERA VIRTUAL

SMALL CLAIMS COURTS AND E-PROCESS: PROCEDURAL GUARANTEES IN THE VIRTUAL DIMENSION

HUMBERTO DALLA BERNARDINA DE PINHO

*Pós-Doutor em Direito (University of Connecticut).
Doutor e Mestre em Direito (UERJ). Prof. Adjunto
de Direito Proc. Civil (UERJ e UNESA/RJ).
Promotor de Justiça Titular/RJ. Mantém o sítio
<http://www.humbertodalla.pro.br>.*

MÁRCIA MICHELE GARCIA DUARTE

*Doutoranda e Mestre em Direito Público pela
UNESA/RJ (ex-bolsista do PROSUP-CAPES). Pós-
Graduada em Direito e em Didática do Ensino
Superior. Professora Universitária e Advogada.
Site: <http://www.mmgarciaduarte.com.br>.*

RESUMO: A celeridade processual como forma de garantia de acesso à justiça guarda estreita relação com a efetividade. É fato que a demora na prestação jurisdicional pode ocasionar prejuízos às partes, sejam em razão do fator temporal ou mesmo de obstáculos econômicos, atingindo, por consequência, a sociedade como um todo. Todavia, importante ressaltar que as modificações legislativas que visem a assegurar uma resposta jurisdicional mais rápida devem coadunar-se aos princípios constitucionais. Permitir que se unam aspectos como a celeridade, a comodidade, a segurança e a economia é de fato muito louvável; e essa é a promessa dos processos virtuais que já foram implementados em algumas sedes do Poder Judiciário. Entretanto, essa inovação criou polêmica. Há defensores da ideia, mas também questionadores que propuseram, inclusive, ação direta de inconstitucionalidade, sob o argumento de afronta às garantias fundamentais do processo. Neste estudo estão sendo considerados ambos os aspectos e propõem-se hipóteses que possam sanar os manifestos de não-receptividade do uso da tecnologia em favor de uma prestação jurisdicional mais célere, econômica e efetiva.

SUMMARY: The right to a speedy trial as a way to guarantee one's access to justice is deeply linked to the principle of effectiveness. The State's delay in providing citizens with a judicial response can cause damages to parties and harm the entire society. However, it is important to stress that the new legal improvements seeking a quicker decision shall be in tuning with the constitutional principles. The recently developed promise to "virtual proceedings" is a way to achieve a fair and speedy trial, with the desired security. However, a lot of controversies have arisen as a consequence to the advantages related to this innovation. Even a Constitutionality Action was

raised before the Brazilian Supreme Court, whereby the Brazilian Bar Association claims that the new technology could cause potential damages to the parties, since it would allow celerity and effectiveness in spite of the price that would have to be paid. This study aims to analyze those arguments, presenting alternatives to combine e-process and the sacred procedural guaranties.

PALAVRAS-CHAVE: PROCESSO VIRTUAL. CELERIDADE. GARANTIAS PROCESSUAIS.

KEY-WORDS: VIRTUAL PROCESS. RIGHT TO A SPEEDY TRIAL. PROCEDURAL GUARANTIES

SUMÁRIO: 1. *Considerações Iniciais*; 2. *Fundamentos Constitucionais do Princípio do Acesso à Justiça*; 3. *Celeridade dos tempos remotos à Contemporaneidade*; 4. *Processo Virtual e as Garantias Processuais*; 5. *Considerações Finais*; 6. *Referências*.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A pacificação dos conflitos sociais por meio de uma justiça célere foi idealizada desde os povos antigos¹, passando por diversas influências e modificações, alcançando o que hoje denominamos de “juizados especiais”.

O Juizados são uma realidade tanto na esfera estadual como na federal e foram criados com o propósito de atender às demandas menos complexas, atendendo à determinação imposta pelo Texto Constituinte de 1988. Antes desse novo mecanismo, porém, existiram os denominados “juizados de pequenas causas”, cuja nomenclatura, a nosso ver, era equivocada, posto que causas menos complexas não seriam necessariamente causas pequenas.

Os juizados especiais consagram um seguimento do Poder Judiciário destinado a oferecer prestação jurisdicional em demandas de pouca monta e são dotados de peculiaridades e princípios próprios, destacando-se aí a celeridade que se traduz, em suma, no objetivo de rapidez na prestação jurisdicional.

Dentre as regras procedimentais específicas dos Juizados, destacam-se: o desestímulo recursal, com a vedação da interposição de agravo de instrumento e a exigência de preparo no caso de apresentação de recurso inominado; a imposição ao recorrente vencido do pagamento de honorários de sucumbência e das despesas processuais²; a regra procedimental é sincrética; há a imposição de

¹ Destaca-se que o Código de Hamurabi que já mencionava ferramentas semelhantes às que atualmente são denominadas de substitutos ou equivalentes jurisdicionais – autodefesa, autocomposição e mediação. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 09.

² Artigo 55, *caput*, da Lei nº. 9.099/95.

prazo comum mesmo quando da manifestação pela Defensoria Pública; não há a prerrogativa da intimação pessoal do procurador federal³; as intimações são viáveis por meio telefônico⁴; além da previsão expressa de poderes de conciliação, transação e desistência deferida aos representantes judiciais da União, autarquias, fundações e empresas públicas federais; não são admitidos embargos de execução e nem a intervenção de terceiros ou a assistência.⁵

Para este estudo em especial, destacamos que foi por meio dos juizados especiais que se semeou em nosso ordenamento jurídico a possibilidade de autos processuais integralmente virtuais, sem o uso de papel. O uso dessa ferramenta virtual mostra-se tão promissor, célere e comprometido com o respeito ao meio ambiente, que é oportunizado até mesmo perante o Supremo Tribunal Federal, que disponibiliza a ferramenta “e-STF”, e, com isso, viabiliza-se que a ação judicial tramite em diversos graus de jurisdição integralmente na versão virtual.

Os processos virtuais contam com mecanismos de segurança a fim de evitar que panes e até mesmo *hackers* possam comprometer a fidelidade e o regular trâmite processual virtual. Essas ferramentas vão desde *back-ups* às assinaturas digitais, mediante senha pessoal. Com isso, visa-se a assegurar que a tecnologia se faça presente na prestação jurisdicional, resguardando-se, contudo, a promessa de uma justiça preocupada com o fator *segurança*.

Passada essa análise, impõe-se uma indagação: e quanto às garantias processuais e, antes mesmo disso, e quanto às garantias constitucionais dos litigantes no processo virtual? Propõe-se com este estudo analisar esse aspecto tão relevante e ainda tão pouco discutido, por meio do qual avaliaremos até que ponto as ferramentas virtuais consagram uma manifestação judiciária célere, econômica, justa, equânime, efetiva e razoável.

2. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DO PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA

Ao falarmos de juizado especial, não podemos deixar de mencioná-lo como um dos principais veículos por meio do qual o Poder Judiciário se vale na busca por maior facilitação do *acesso à justiça*.

Vemo-nos diante de inovações tecnológicas, novas problemáticas de massa, globalização e outros fatores que fizeram com que os chamados Novos Direitos surgissem. E com isso, hoje temos a necessidade de prestação jurisdicional de forma mais célere, posto que só assim atender-se-á à sobrecarga de demanda, fruto incontestável dos novos conflitos sociais.

Partindo da observação acerca dessas novéis necessidades, Mauro Cappelletti⁶ inaugurou as denominadas "Ondas Renovatórias do Direito Processual" e, com isso, pensou numa estrutura

³ Enunciado nº 07 do FONAJEF. Disponível em: <http://www.ajufe.org.br/>. Acesso em 14 ago 2009.

⁴ Enunciado nº 73 do FONAJEF.

⁵ Enunciados 13 e 14 do FONAJEF.

⁶ Em uma de suas mais felizes passagens, pontifica o Mestre: "*o recente despertar de interesse em torno do acesso efetivo à Justiça levou a três posições básicas, pelo menos nos países do mundo Ocidental. Tendo início em 1965, estes posicionamentos emergiram mais ou menos em seqüência cronológica. Podemos afirmar que a primeira solução para o acesso - a primeira 'onda' desse movimento novo - foi a assistência judiciária; a segunda dizia respeito às reformas tendentes a proporcionar representação jurídica para os interesses 'difusos', especialmente nas áreas da proteção ambiental e do consumidor; e o terceiro - e mais recente - é o que nos propomos a chamar simplesmente "enfoque de*

processual que visasse a conferir regras menos formais e mais comprometidas com as necessidades sociais, fornecendo soluções adequadas para manutenção da ordem no Estado Democrático de Direito.⁷

Eis que surgem na ordem jurídica processual outros caminhos para a desobstrução das vias jurisdicionais então existentes. Foram eles a tutela de interesses metaindividuais (ação civil pública e mandado de segurança coletivo, entre outros) e a simplificação de procedimentos, aperfeiçoamento de dispositivos legais tudo em prol de minimizar as delongas processuais.

Num momento seguinte a essas primeiras vertentes, iniciou-se a denominada “Reforma do Poder Judiciário”, que falaremos mais adiante. Neste momento do estudo, é importante darmos seguimento aos pensamentos de autores que manifestaram a preocupação com a segurança da prestação jurisdicional célere conjugada com o acesso à justiça.

Nessa linha também se manifestou Paulo Cezar Pinheiro Carneiro⁸, que, por meio de suas sábias palavras, propôs um re-estudo da garantia constitucional do acesso à justiça na sistemática processual brasileira, por meio do qual considerou quatro grandes princípios a reger o acesso à justiça. São eles os princípios da acessibilidade, da operosidade, da utilidade e da proporcionalidade. Só assim, afirma, o acesso à justiça restará pautado na constitucionalidade.

Sintetizamos cada um dos princípios: *a) acessibilidade* – possibilita a efetivação de direitos individuais e coletivos, por meio de utilização adequada dos instrumentos jurídicos por sujeitos capazes, usufruindo de o direito à informação e sem obstáculos de qualquer natureza; *b) Operosidade* – divide-se em subjetividade e objetividade. A primeira clama pela atuação ética de todos os sujeitos do processo que devem zelar pela efetividade processual. Já a segunda refere-se à utilização correta dos meios processuais, buscando a verdade real e a conciliação; *c) utilidade* – refere-se ao menor sacrifício para o vencido, porém nisso considerando-se o recebimento pelo vencedor da forma mais rápida e proveitosa possível, com celeridade e segurança, binômio que comporta, por exemplo, a fungibilidade da execução, notadamente em relação ao direito consumerista, a limitação de incidência de nulidades e o alcance subjetivo da coisa julgada, sobretudo nas ações coletivas; *d) proporcionalidade* – deverá ser considerada pelo julgador quando da ocorrência de conflito, em orientar-se sempre no objetivo de resguardar o direito mais valioso e o maior número de pessoas.

acesso à justiça" porque inclui os posicionamentos anteriores, mas vai muito além deles, representando, dessa forma, uma tentativa de atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo". CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant [tradução de Ellen Gracie Northfleet]. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988, p. 31 e ss..

⁷ A propósito, diz Cappelletti, “*não é preciso ser sociólogo de profissão para reconhecer que a sociedade (podemos usar a ambiciosa palavra: civilização?) na qual vivemos é uma sociedade ou civilização de produção em massa, de troca e de consumo de massa, bem como de conflitos ou conflitualidades de massa. (...) Daí deriva que também as situações de vida, que o Direito deve regular, são tornadas sempre mais complexas, enquanto por sua vez, a tutela jurisdicional – a Justiça será invocada não mais somente contra violações de caráter individual, mas sempre mais freqüente contra violações de caráter essencialmente coletivo, enquanto envolvem grupos, classes e coletividades. Trata-se, em outras palavras, de violações de massa*”. CAPPELLETTI, Mauro. *Formações Sociais e Interesses Coletivos Diante da Justiça Civil*. In *Revista de Processo*, vol. 5, separata.

⁸ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça: Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública: Uma Nova Sistematização da Teoria Geral do Processo*, 2ª ed., rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007, pp. 63 e ss..

Considerados os princípios acima, notadamente no tocante aos Juizados, entendemos serem louváveis as mutações que vêm sendo impelidas ao processo civil brasileiro, mas destacamos que essas deverão coadunar-se às novas necessidades sociais, entretanto sem perder a sua efetividade, pois, só assim poderão contribuir para diminuir o nível da tensão social, promovendo a paz e o bem comum na sociedade.⁹

Feita essa análise, seguimos com a observação de que se torna impossível dissociar a atividade jurisdicional exercida por meio do microsistema (Juizados), dos princípios constitucionais do acesso à justiça e da dignidade da pessoa humana, tão relevantes ao estudo que propomos, e encerramos essa breve análise do acesso à justiça à luz da constituição, para passarmos aos juizados especiais desde o seu nascedouro, embora recebendo outra denominação, mas sempre visto como uma forma diferenciada de tratar de lides específicas e de menor monta.

3. CELERIDADE: DOS TEMPOS REMOTOS À CONTEMPORANEIDADE

Como mencionamos no início deste estudo, recentemente estabeleceu-se que o Governo deveria se empenhar na “Reforma do Poder Judiciário”, marcada pelo denominado *Pacto de Estado em favor de um Judiciário mais rápido e republicano*¹⁰.

Mobilizaram-se os Três Poderes com o fito de se chegar a uma solução que atenda aos anseios sociais em relação à justiça. As propostas inseridas naquele documento determinaram a priorização na apreciação de projetos de lei, cujos textos se destinassem a conferir ampliação ao acesso à justiça e à maior rapidez na resposta jurisdicional.¹¹

O referido acordo entre os Três Poderes gerou impactos no ordenamento jurídico por meio de importantes modificações, como por exemplo, a alteração de diversos dispositivos do trintenário Código de Processo Civil. Explanou-se que haveria um compromisso de implementação da reforma

⁹ “Diante da transformação da concepção de direito, não há mais como sustentar as antigas teorias da jurisdição, que reservavam ao juiz a função de declarar o direito ou de criar a norma individual, submetidas que eram ao princípio da supremacia da lei e ao positivismo acrítico. O Estado constitucional inverteu os papéis da lei e da Constituição, deixando claro que a legislação deve ser compreendida a partir dos princípios constitucionais de justiça e dos direitos fundamentais. Expressão concreta disso são os deveres de o juiz interpretar a lei de acordo com a Constituição, de controlar a constitucionalidade da lei, especialmente atribuindo-lhe novo sentido para evitar a declaração de inconstitucionalidade, e de suprir a omissão legal que impede a proteção de um direito fundamental. (...) O direito fundamental à tutela jurisdicional, além de ter como corolário o direito ao meio executivo adequado, exige que os procedimentos e a técnica processual sejam estruturados pelo legislador segundo as necessidades do direito material e compreendidos pelo juiz de acordo com o modo como essas necessidades se revelam no caso concreto. (...) O juiz tem o dever de encontrar na legislação processual o procedimento e a técnica idônea à efetiva tutela do direito material. Para isso deve interpretar a regra processual de acordo, tratá-la com base nas técnicas da interpretação conforme e da declaração parcial de nulidade sem redução de texto e suprir a omissão legal que, ao inviabilizar a tutela das necessidades concretas, impede a realização do direito fundamental à tutela jurisdicional”. MARINONI, Luiz Guilherme. *A Jurisdição no Estado Contemporâneo*. In *Estudos de Direito Processual Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pp. 13-66.

¹⁰ Em 13 de abril de 2009 foi assinado o *II Pacto Republicano* em que destacou como objetivo a criação dos Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados e do DF. Conferir no sítio do Ministério da Justiça, em “Reforma do Judiciário”, disponível em: <http://www.mj.gov.br>. Acesso em 14 ago 2009.

¹¹ “Poucos problemas nacionais possuem tanto consenso no tocante aos diagnósticos quanto à questão judiciária. A morosidade dos processos judiciais e a baixa eficácia de suas decisões retardam o desenvolvimento nacional, desestimulam investimentos, propiciam a inadimplência, geram impunidade e solapam a crença dos cidadãos no regime democrático”. Publicado no DOU n.º 241, de 16 de dezembro de 2004, seção I, pág. 8.

constitucional do Judiciário bem como a reforma do sistema recursal e dos procedimentos, além da determinação para que a agenda parlamentar incluísse os projetos de lei que objetivassem a regular e a incentivar a informatização dos processos (*e-process*).

Essa preocupação governamental em criar mecanismos que conferissem prestação jurisdicional de modo mais célere já foi objeto de discussões em períodos históricos anteriores. Desde os tempos dos visigodos¹², com a criação do Código Visigótico, inicialmente denominado *Lex Roamana Visigotorum*, que foi a primeira legislação a vigorar na Península Ibérica após o Domínio Romano, já havia a preocupação com a morosidade da Justiça. Aquele Código distinguia duas formas de demandas. Eram os chamados “pleito de grandes coisas” e “pleito de pequenas coisas”.

No Século XIV, o Reinado Português demonstrou que as demandas que não se resolvessem num prazo razoável acarretariam prejuízos às partes. As Ordenações do Reinado de Afonso IV dispunham que as delongas geravam prejuízos aos reinos, e nos processos que se faziam de forma diversa, isto é, não fossem ágeis, alguns perderiam seus direitos e venceriam aqueles que deveriam ser vencidos¹³.

No Brasil aplicaram-se as Ordenações Manuelinas nos Séculos XVIII e XIX, cujos julgadores para pequenas contendas receberam o nome de Juízes de Vintena, que eram eleitos para proceder a julgamento de contendas sem processo nas quais não caberiam apelação ou agravo, e executariam imediatamente a sentença. Essas demandas contemplavam questões que envolvessem baixo valor pecuniário.

A primeira Constituição brasileira, erigida sob o comando imperial, estabelecia que não houvesse contenda pela via judicial sem a tentativa de conciliação prévia presidida por Juízes de Paz¹⁴.

As Constituições de 1934¹⁵ e de 1937¹⁶ igualmente já tratavam do tema justiça especializada para manejar “causas de pequeno valor”, atribuindo-lhe a denominação de Justiça de Paz. Excetuavam-

¹² Visigodo do Germ. **wisi-gota*, de *wisu* (*wesu*), bom + Irl. *gotnar*, homens, heróis. s. m., godo do Ocidente; (*no pl.*) godos do Ocidente, um dos grupos em que se dividiu o povo godo, e que invadiu a Península Ibérica a partir do séc. IV. Disponível em http://www.priberam.pt/dlpo/definir_resultados.aspx. Acesso em 14 ago 2009.

¹³ A respeito dos juizados nos tempos dos visigodos e da era monárquica portuguesa: BRANDÃO NETO, João Marques. Juizados Especiais: a Fênix da Justiça Ibero-Brasileira. In *Revista Boletim Científico*. Juizados Especiais: a Fênix da Justiça Ibero-Brasileira. Escola Superior do MPU. V. 4, nº. 16, jul/set de 2005.

¹⁴ “Art. 161. Sem se fazer constar, que se tem intentado o meio da reconciliação, não se começará Processo algum. Art. 162. Para este fim haverá juizes de Paz, os quaes serão electivos pelo mesmo tempo, e maneira, por que se elegend os Vereadores das Camaras. Suas attribuições, e Districtos serão regulados por Lei”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em 14 ago 2009.

¹⁵ “TÍTULO II. Da Justiça dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios. Art 104 - Compete aos Estados legislar sobre a sua divisão e organização judiciárias e prover os respectivos cargos, observados os preceitos dos arts. 64 a 72 da Constituição, mesmo quanto à requisição de força federal, ainda os princípios seguintes: (...) f) competência privativa da Corte de Apelação para o processo e julgamento dos Juízes inferiores, nos crimes comuns e nos de responsabilidade. (...) § 7º - Os Estados pedirão criar Juízes com investidura limitada a certo tempo e competência para julgamento das causas de pequeno valor, preparo das excedentes da sua alçada e substituição dos Juízes vitalícios.

¹⁶ “Art. 104 - Os Estados poderão criar a Justiça de Paz eletiva, fixando-lhe a competência, com a ressalva do recurso das suas decisões para a Justiça togada. (...) Art 106 - Os Estados poderão criar Juízes com investidura limitada no tempo e competência para julgamento das causas de pequeno valor, preparo das que excederem da sua alçada e substituição dos Juízes vitalícios”.

se, contudo, a apreciação de recurso que porventura viesse a ser intentado, conferindo competência para apreciação do mesmo à Justiça togada.

Já na Constituição de 1946, aos Juízes de Paz foi conferida uma nova tarefa: a competência para a habilitação e a celebração de casamentos ou outros atos previstos em lei, em atribuição judiciária de substituição. Para a apreciação dos casos de pequeno valor, o legislador determinou a criação de cargos de Juízes togados com limitação temporal da investidura, mas revestido de competência para substituir os Juízes vitalícios¹⁷. A Constituição seguinte, aprovada em tempos de ditadura militar, dispunha da mesma forma¹⁸.

A partir de 1984, por meio da Lei nº. 7.244/84, o Brasil, pela primeira vez, disciplinou em Lei própria como se processariam os feitos e qual seria a competência para a apreciação de “pequenas demandas”. Eram os chamados “juizados de pequenas causas”¹⁹, limitando a matéria de competência funcional às demandas cíveis e facultava a presença de advogado.²⁰

¹⁷ “Art. 124 - Os Estados organizarão a sua Justiça, com observância dos arts. 95 a 97 e também dos seguintes princípios: (...) X - poderá ser instituída a Justiça de Paz temporária, com atribuição judiciária de substituição, exceto para julgamentos finais ou recorríveis, e competência para a habilitação e celebração de casamentos ou outros atos previstos em lei; XI - poderão ser criados cargos de Juízes togados com investidura limitada a certo tempo, e competência para julgamento das causas de pequeno valor. Esses Juízes poderão substituir os Juízes vitalícios”.

¹⁸ Constituição de 1967 - “SEÇÃO VIII. Da Justiça dos Estados. Art 136 - Os Estados organizarão a sua Justiça, observados os arts. 108 a 112 desta Constituição e os dispositivos seguintes: (...) § 1º - A lei poderá criar, mediante proposta do Tribunal de Justiça: a) Tribunais inferiores de segunda instância, com alçada em causas de valor limitado, ou de espécies, ou de umas e outras; b) Juízes togados com investidura limitada no tempo, os quais terão competência para julgamento de causas de pequeno valor e poderão substituir Juízes vitalícios; c) Justiça de Paz temporária, competente para habilitação e celebração de casamentos e outros atos previstos em lei e com atribuição judiciária de substituição, exceto para julgamentos finais ou irrecurríveis”.

¹⁹ “Após longo debate, temos afinal aprovada a Lei do Juizado Especial de Pequenas Causas (JEPC). Tomou ela o n. 7.244/84, sendo sancionada a 7.11.84 e publicada no dia seguinte. As controvérsias surgidas giraram em torno de alguns aspectos secundários da proposta, como por exemplo a faculdade de patrocínio da causa por advogado. Quanto à idéia-matriz, porém, que é de facilitar o acesso à Justiça, pouca voz discordante se ouviu. Algumas pessoas procuraram substituir a idéia de criação do Juizado Especial de Pequenas Causas pela proposta de aperfeiçoamento do procedimento sumaríssimo, não se dando conta de que não se tratava de mera formulação de um novo tipo de procedimento, e sim de um conjunto de inovações, que vão desde a nova filosofia e estratégia no tratamento dos conflitos de interesses até técnicas de abreviação e simplificação procedimental”. WATANABE, Kazuo; GRINOVER, Ada Pellegrini; CARNEIRO, João Geraldo Piquet; LAGRASTA NETO, Caetano; DINAMARCO, Candido Rangel. V.FRONTINI, Paulo Salvador. *Juizado Especial de Pequenas Causas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 1.

²⁰ Os juizados de pequenas causas, que consagrou no ordenamento pátrio a matriz de uma prestação jurisdicional mais ampla, rápida e desburocratizada, já era regido por princípios, denominados por aquela lei de “critérios” da simplicidade, oralidade, economia processual, gratuidade, celeridade e de conciliação, a reger o novo sistema. Nas palavras de Kazuo Watanabe: “Fala o art. 2º., v.g., do critério da simplicidade, que, bem pensado, é uma expressão dinâmica dos princípios da liberdade das formas processuais e da sua instrumentalidade, em sua projeção sobre um processo que pretende ser acessível e muito ágil. Fala da oralidade, conspícua diretriz do processo moderno, de tradicionais raízes romanas, mas que aqui, talvez pela primeira vez entre nós, é levada aos extremos do verdadeiro e integral diálogo falado entre o juiz as partes e as testemunhas. Fala da economia processual e a ela adiciona a gratuidade da justiça em primeiro grau de jurisdição (art. 51), porque é seu manifesto intuito a abertura da via de acesso ao Poder Judiciário para o completo cumprimento da promessa do serviço jurisdicional, constitucionalmente apresentada de forma solene (Const., art. 153, § 4º). Fala da celeridade e institui um procedimento obstinadamente concentrado, sem oportunidades para dilações que o aluguem, nem para incidentes que protelem a consumação do julgamento do mérito. O artigo 2º. Proclama também a conciliação, como mola-mestra que há de informar e impulsionar todo o processo das pequenas causas – numa clara recomendação aos aplicadores do novo sistema, no sentido de darem o melhor do seu empenho para a obtenção da autocomposição dos conflitos pelas próprias partes”. *Juizado Especial de Pequenas Causas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1985, p. 105.

Após essa data, a Constituição de 1988 previu expressamente que seria instituída uma justiça especializada²¹, os *juizados especiais*, pela primeira vez com essa nomenclatura. Os Juizados foram criados e inseridos na sistemática nacional²² por meio da Lei nº. 9.099/95, parcialmente alterada com o advento da Lei nº. 10.259/01. Criou-se com isso uma espécie de microsistema, norteado por princípios que garantiriam maior celeridade e maior efetividade da prestação jurisdicional. São eles a oralidade, a simplicidade, a informalidade, a economia processual, a celeridade e o estímulo à conciliação ou à transação²³, seguindo a linha traçada pelas ondas renovatórias de Mauro Cappelletti em seu movimento universal de acesso à justiça, conforme vimos anteriormente.

4. PROCESSO VIRTUAL E AS GARANTIAS PROCESSUAIS

Vistos os movimentos de acesso à justiça, o esforço histórico dos juizados, as inovações e influências tecnológicas, retomemos a nossa indagação quanto à necessidade de viabilizar a proteção das garantias fundamentais nos juizados especiais, notadamente em se tratando de processo virtual. Isso porque estamos diante de um microsistema norteado por princípios próprios, que se acresce agora do processo virtual e da conseqüente mudança de paradigma do processo real, concreto e materializado²⁴.

Pois bem. Os juizados tornaram-se o modelo experimental dos chamados processos virtuais (também denominado de “processo eletrônico”, “*e-process*” e “*e-proc*”), com a promessa de maior celeridade, economia processual e de tempo, alterando de forma significativa e positiva o binômio custo-benefício.

Os processos eletrônicos permitem que as partes acessem aos autos do processo em qualquer dia e horário, o que sem dúvida viabiliza uma economia de tempo, já que as partes podem contar com prazo comum em qualquer hipótese. Podem requerer a juntada de petições em qualquer momento sem necessidade de deslocamento.

No que toca aos advogados, são intimados virtualmente de todos os atos e, com o tempo, o comparecimento em cartório se tornará a exceção já que os atos são conhecidos na íntegra pela

²¹ “Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau; II - justiça de paz, remunerada, composta de cidadãos eleitos pelo voto direto, universal e secreto, com mandato de quatro anos e competência para, na forma da lei, celebrar casamentos, verificar, de ofício ou em face de impugnação apresentada, o processo de habilitação e exercer atribuições conciliatórias, sem caráter jurisdicional, além de outras previstas na legislação. § 1º Lei federal disporá sobre a criação de juizados especiais no âmbito da Justiça Federal”.

²² Para demandas e menos complexas, o direito estrangeiro também guarda procedimento diferenciado. Na Inglaterra, na segunda metade do século XX, instituiu a criação de três tribunais independentes, já extintos, mas que eram custeados naquela oportunidade por instituições privadas ligadas a advogados e que buscavam a conciliação, facultando a representação processual por profissional habilitado. No atual direito inglês, existem juizados para tratar de causas de menor complexidade, um oficial e outro extra-oficial. Nos Estados Unidos da América, que adota o sistema *common Law*, desde a década de 30, existem as denominadas *Small Claims Court*. Na Alemanha, para dirimir causas de menor complexidade, existem as justiças especializadas para tratar de matérias comerciais (*Kammer für Handelssachen*), laborais (*Arbeitsgerichte*), administrativas (*Verwaltungsgerichte*), previdenciárias (*Sozialgerichte*).

²³ O artigo 2º da Lei nº 9.099/95.

²⁴ Neste momento do estudo, devemos destacar que no Estado do Rio de Janeiro até mesmo a atuação da Polícia Judiciária já pode ser provocada por meio da ferramenta virtual. Conferir no site: www.delegaciavirtual.rj.gov.br.

internet, tal como se os autos do processo físico fossem acessados. Assim, os advogados não precisarão enfrentar filas nas secretarias para obterem vista dos autos, nem mesmo para protocolizar petições, já que poderão fazer boa parte do trabalho diretamente dos seus escritórios.

Com isso asseveramos que os objetivos do processo virtual são a economia e a celeridade na tramitação dos processos, em razão da viabilidade de conferir a integralidade da tramitação dos processos por sistema totalmente eletrônico com maior rapidez na atuação dos magistrados e de todos os envolvidos na demanda. Some-se a isso o fator segurança no processamento dos feitos, já que todos os atos praticados pelos envolvidos requerem o uso de senha pessoal e intransferível.

Observemos ainda que a transparência propõe-se ser total. Todos os atores do processo podem saber em tempo real as fases procedimentais da prestação jurisdicional, nisso incluídos o momento exato da “juntada” das peças, os atos de comunicação processual (que passarão a ser instantâneos em muitos casos) e, principalmente, o acompanhamento da rotina cartorária que será consideravelmente abreviada.

O estado do Rio Grande do Sul foi o pioneiro em matéria de processo virtual. Em meados de novembro de 2002 foi implantado o projeto-piloto na comarca de São Sebastião do Caí. Esse projeto foi inaugurado no Juizado Especial Estadual Cível, em que as petições iniciais eram registradas oralmente ou por disquete no denominado “Sistema Themis”. Posteriormente, outras cidades em outros estados foram inaugurando seu próprio sistema de informatização dos processos.

Os atos praticados nos processos virtuais recebem as chamadas *assinaturas virtuais*, também conhecidas como certificação digital ou assinatura eletrônica. No Rio de Janeiro, por exemplo, a Justiça Federal mantém um convênio com a Caixa Econômica Federal para a certificação digital das assinaturas dos magistrados e dos serventuários da Justiça no sistema de processo eletrônico. O ato é realizado com a utilização de um *smart card* (cartão eletrônico) e de um leitor específico para o cartão, que é “plugado” ao computador. Além disso, deve ser digitada uma senha pessoal associada à informação digital do usuário colhida por meio de um leitor ótico²⁵. Em segundo grau de jurisdição, haverá a apreciação da demanda virtual pelo *Conselho Recursal Virtual*.

O Supremo Tribunal Federal também já está preparado para receber processos virtuais. Em 2004²⁶ foi instituído o denominado *e-STF*, qual seja, o sistema para a prática de atos processuais e de dados e imagens, por meio do correio eletrônico. Dois anos depois foram viabilizadas as assinaturas digitais, mediante um convênio com a Caixa Econômica Federal, que foi assinado digitalmente pela então Presidente do STF Ministra Ellen Gracie²⁷.

²⁵ Desta forma estão sendo realizadas as assinaturas digitais no STF desde junho de 2006, por meio do convênio celebrado digitalmente entre aquele Tribunal e a CEF, que será responsável pela certificação digital, conforme Acordo de Cooperação Técnica nº. 6/2006. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=67295&caixaBusca=N>. Acesso em 14 de ago de 2009.

²⁶ Resolução nº. 287, de 14 de abril de 2004.

²⁷ Acordo de Cooperação Técnica nº. 6/2006 para a ampliação e incremento da prestação de serviços de Certificação Digital no âmbito do STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=67295&caixaBusca=N>. Acesso em 14 de ago de 2009.

À CEF compete, desde então, a emissão dos certificados, tal como os emitidos em sede cartorária, para garantir a autenticidade de quem assina. Por fim, o STF passou a disponibilizar o chamado Diário da Justiça eletrônico, que substitui qualquer outro meio de publicação oficial, para quaisquer efeitos legais, salvo exceções,²⁸ para a publicação oficial de todos os atos jurídicos do Tribunal.

Nessa esteira, o Superior Tribunal de Justiça está concluindo seu processo de informatização, digitalização e remessa e recepção de peças pela via eletrônica, firmando diversos convênios com os Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça do País²⁹.

Seguindo a tendência já em franco crescimento foi que em 2006 a Lei nº. 11.419 regulamentou a informatização do processo judicial, alterando, inclusive, dispositivos do CPC. Analisando a legislação, a doutrina vislumbrou o fim da morosidade, a economia processual ao Judiciário e às partes, a transparência da prestação jurisdicional, viabilização do respeito ao princípio da duração razoável do processo e a inclusão digital do Poder Judiciário, gerando maior efetividade da atividade judicante³⁰.

Por outro lado, alguns apontamentos negativos acerca da temática já surgiram. O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ajuizou no ano de 2007 uma Ação Direta de Inconstitucionalidade³¹ com pedido de concessão *in limine* da tutela contra a norma supracitada³².

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

Arguiu a OAB que o sistema de intimações e publicações virtuais irá extinguir o Diário Oficial impresso em papel³³, afetando o princípio da publicidade. A OAB alerta para o fato de que, segundo

²⁸ As exceções correspondem aos casos em que, por força de lei, deva se processar pela via da intimação ou vista pessoal, nos termos do parágrafo segundo do artigo 4º da Lei nº. 11.419/06.

²⁹ Trata-se do e-STJ, disponível em <http://www.stj.jus.br/estj>. Acesso em 25 ago 2009.

³⁰ “Em médio prazo, acreditamos que a medida trará grande economia ao Poder Público, que custeia o armazenamento dos atos processuais. A curto prazo, no entanto, já se vislumbra a economia que será repassada as partes, tendo em vista que o tempo gasto com inúmeros procedimentos será substituído dos processos por um simples toque de botão. Investimentos deverão ocorrer para que a justiça brasileira se torne modelo para o mundo. O processo tradicional não será subtraído de nossos fóruns, mas com o tempo deixará de ser a via escolhida pelos litigantes. O tempo mais uma vez marca a reforma do processo. Sem dúvida alguma, a implementação do processo eletrônico trará ainda mais transparência ao Judiciário e, sobretudo, contribuirá para a efetividade do princípio da duração razoável do processo inserido em nossa Magna Carta pela Emenda Constitucional n.º 45/2004. (...) O processo virtual, como já dito, representará a inclusão digital do Judiciário, com a utilização da tecnologia já disponível na maioria dos órgãos jurisdicionais de nosso país, tornando a prática dos atos processuais mais rápida, garantindo que o resultado final seja efetivo”. BARBOSA, Hugo Leonardo Pena. “Lei nº. 11.419/2006: o processo eletrônico como garantia de um Judiciário efetivo”. In *Revista Dialética de Direito Processual*. Nº. 49, São Paulo: Oliveira Rocha, 2007, pp. 79-94.

³¹ ADIn número 3.880. Situação em 14 ago 2009: “aguardando julgamento”.

³² Uma vez proposta a ADIn, em abril de 2007 foi deferido pelo STF o ingresso, na qualidade de *amicus curiae* do Instituto Brasileiro de Direito Eletrônico. Conferir em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=3880&processo=3880>. Acesso em 14 de ago 2009.

³³ Nesse aspecto, contudo, não há muito a se fazer. Realmente, a necessidade de proteger o meio ambiente e de economizar os recursos naturais do planeta impõem um uso mais racional do papel. Uma solução provisória seria disponibilizar equipamentos para apressar a inclusão digital e dessa tarefa devem participar todos os órgãos da sociedade, a começar pela própria OAB, que deve incentivar e subsidiar os advogados.

dados de pesquisa realizada pelo Comitê Gestor da Internet, constatou-se que 66,68% da população brasileira nunca acessaram a internet.

Outro argumento foi a inadmissível exposição do advogado a possíveis restrições que os Tribunais poderão impor ao exercício da função. Alega a Ordem que o cadastramento dos advogados afronta os direitos dos causídicos, já que o cadastro é realizado junto a OAB, que é quem a Constituição Federal legitima para a função de credenciar advogados habilitando-os ao exercício da advocacia.

Muito embora a informatização e a migração para o processo virtual sejam uma tendência irreversível, dotada de imensas vantagens, é preciso reconhecer que algumas formalidades são de fato questionáveis.

Entendemos por concordar que a imposição de cadastramento prévio dos advogados junto aos Tribunais para a finalidade de propor ação virtual fere não só à legislação especial, como também à Constituição. As funções de registro e de cadastro de advogados competem privativamente à OAB.

E isso se aplica também aos advogados públicos, promotores e defensores, que têm suas atividades regidas pelas respectivas leis federais, sendo dotados de autonomia e independência funcional. Um sistema controlado exclusivamente pelo Poder Judiciário não parece ser a melhor opção. O ideal é um sistema de gerenciamento conjunto, inclusive com a participação dos setores da sociedade organizada, sem que um só grupo controle todos os outros, mas sem ser controlado pelos demais.

Mediante isso, consideramos que o argumento da OAB que questiona a constitucionalidade desse dispositivo é bastante plausível. Os causídicos estão sujeitos ao cadastro prévio somente perante o seu Órgão de Classe, para o exercício livre de sua profissão, não cabendo qualquer outra imposição de cadastro, tal como quer exigir o legislador infraconstitucional.

Ressaltamos, entretanto, que essa problemática poderá ser facilmente suprida por uma medida que crie uma espécie de *convênio*, tal como supracitado, entre os Órgãos de Classe e os Órgãos do Poder Judiciário, a fim de que o cadastro de profissionais nos primeiros seja disponibilizado aos demais, e, com isso, dentro do enfoque avocado na ADIn, os advogados regularmente inscritos nos quadros da OAB estariam automaticamente cadastrados para atuar em processos virtuais³⁴.

Nessa exegese, faz-se válido ressaltar que, por outro lado, a OAB deve ter a obrigação de manter sempre atualizados seus cadastros, velando pela precisão e transparência dessas informações.

Passando a outro ponto da fundamentação argumentativa da OAB na ADIn, havemos de concordar que os processos virtuais podem ferir o princípio constitucional da publicidade, ao limitar o acesso

³⁴ Lembramos que essa solução que apontamos contraria a previsão legal. Segundo a Lei dos processos virtuais, o credenciamento junto ao Poder Judiciário deverá ocorrer por meio de procedimento em que é exigida a identificação presencial do interessado. (Artigo 2º § 1º da Lei nº. 11.419/06). Como uma alternativa a solucionar esse impasse, verificamos que na ADIn proposta pela OAB destaca a existência do ICP-OAB, que seria a Autoridade Certificadora da OAB, e que poderá emitir os certificados eletrônicos para os inscritos à assinarem digitalmente processos virtuais.

às informações processuais e aos documentos digitalizados somente às partes, seus procuradores e ao *Parquet*.³⁵

A legislação impugnada quer conferir tal sigilo a todos os casos, inclusive, àqueles que são processados perante o microsistema, os Juizados, conquanto, em verdade, o sigilo das informações e atos processuais devem ser restritos a situações em que, por exemplo, envolvam defesa da intimidade ou quando houver interesse social³⁶.

Diante do texto legislativo, a doutrina após de maneira divergente o entendimento quanto ao novel dispositivo. Se por um lado uma interpretação mostra-se bastante restritiva, limitando o acesso pelo público às provas documentais, seja nos casos de segredo de justiça ou não, o que sem dúvida, violaria o princípio da publicidade³⁷; o segundo entendimento, por outro lado, assegura que o princípio da publicidade está sendo respeitado, na medida em que confere conhecimento público aos atos praticados pelo Poder Judiciário de maneira mais ampla, uma vez que disponibiliza todas as etapas do processo judicial não só para as partes, mas também para toda a coletividade³⁸.

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

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

Coadunando-se as propostas acima, vemos claramente uma forma proporcional de acomodar os princípios da publicidade e da proteção à intimidade, posto que salvaguarda o primeiro, sem que com isso seja mitigado o segundo.

A partir dessa linha de raciocínio, não custa lembrar que, ultimamente, têm sido freqüentes os choques entre esses princípios. Vejamos, por exemplo, as interceptações telefônicas desregradas; a divulgação precipitada de diligências policiais à imprensa, antes que seja formado um juízo mínimo de acusação; e a manipulação de dados sigilosos, culminando com a desarticulação de quadrilhas que roubavam, vendiam e extorquiam pessoas, de posse de seus dados íntimos (extratos de cartões de crédito, contas telefônicas, informações bancárias e outras).

³⁵ Lei nº. 11.419/06: "Artigo 11. (...) Parágrafo 6º — Os documentos digitalizados juntados em processo eletrônico somente estarão disponíveis para acesso por meio de rede externa para suas respectivas partes processuais e para o Ministério Público, respeitado o disposto em lei para as situações de sigilo e de segredo de Justiça".

³⁶ Artigo 5º LX, da Constituição Federal. Comentamos: pense-se, por exemplo, num indivíduo que ajuíza ação indenizatória porque sofreu dano estético; ou num outro que deseja saber quem é seu pai; ou ainda naquele que deseja se divorciar por ter descoberto o adultério da parceira. São questões íntimas. Essas pessoas têm o direito de ter suas informações processuais devidamente resguardadas pelo Poder Judiciário. Se elas, de início, souberem que toda a qualquer pessoa poderá acessar aquele processo virtual, ler o seu conteúdo e divulgá-lo, provavelmente não procurará a via jurisdicional.

³⁷ CALMON, Petrônio. Comentários à Lei de Informatização do Processo Judicial. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 117.

³⁸ CLEMENTINO, Edilberto Barbosa. Processo Judicial Eletrônico. Curitiba: Juruá Editora, 2007, p. 151.

Outro ponto que vislumbramos é o de que devam ser pensadas medidas de segurança quanto ao acesso aos autos virtuais por pessoas estranhas ao processo, caso o texto legislativo que o restringe seja revisto. Para solucionar isso pensamos na criação de um sistema capaz de rastrear e de registrar todas as pessoas que acessaram o histórico de cada processo. No caso de divulgação indevida, fica muito mais fácil descobrir quem foi responsável pela utilização imprópria da informação ou do documento.

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

Por outro lado, na via da justiça virtual, esse controle resta quase improvável, posto que, com o crescimento desenfreado da internet e com as facilidades de conexão via redes sem fio, wi-fi, computadores públicos, além das *lan houses*, saber-se de onde foi feito o acesso e/ou quem foi o consulente inoportuno dos autos virtuais se tornará cada vez mais difícil.

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

Tomamos como exemplo as instituições bancárias, que oferecem medidas protetivas para a utilização pelos correntistas da Internet quando da realização dos serviços e transações financeiras. Uma dessas medidas refere-se ao fato de que os acessos são realizados por meio de computadores cadastrados junto ao sistema do banco, mediante o uso de senhas, bem como que os acessos limitam-se ao uso daquela máquina cadastrada para tal finalidade. Essa seria uma opção relevante e segura.

De toda sorte, pensemos que os Tribunais complementem os meios de consultas aos autos virtuais na medida em que também passem a oferecer espaços com máquinas disponíveis e cadastradas no formato para o acesso seguro, conforme sugerido acima, para que o público possa fazer consulta virtual aos autos, mas que, para tanto, deverá identificar-se perante um servidor público.

A máquina cadastrada monitoraria quais processos virtuais foram acessados, por quem, a que horas e quais documentos foram consultados. Isso poderá parecer, à primeira vista, uma medida ditatorial e burocrática. Porém, olhando-se por outro ângulo, haverá um equilíbrio entre a publicidade e o controle dos possíveis abusos ou desvios de finalidade do ato.

Contudo, ainda que fixados esses parâmetros, é preciso reconhecer que persiste outro grande entrave a obstaculizar e limitar o acesso das pessoas ao juízo virtual. Esse comprometimento é fruto dos deficientes níveis de desenvolvimento econômico-social do Brasil.

Agrava-se a questão quando atentamos para o fato de que, não custa lembrar, nos juizados especiais pode haver o contato direto da parte interessada com o juízo competente, sem a intermediação do advogado (nas hipóteses cuja causa não exceda 20 salários mínimos, no âmbito estadual e 60 salários mínimos na esfera federal).

Veja-se que sem a assistência do causídico, portanto, sem o conhecimento técnico adequado, e sem conhecer as ferramentas para o uso da Internet e dos editores de texto, dificulta-se bastante a situação da parte na esfera virtual. Isso pode mitigar perigosamente o princípio do acesso efetivo à justiça, maculando-o de forma irreversível.

Observando mais esse viés negativo da discussão proposta, vejamos os fundamentos a seguir.

Inicialmente, é preciso dizer que, segundo pesquisas realizadas no ano de 2007 por meio de Estudos intitulados “Governo Eletrônico” e “Habilidades com Computador e Internet”, realizados pelo Centro de Estudos sobre as Tecnologias da Informação e da Comunicação (CETIC.br)³⁹, constatou-se que:

Quanto ao acesso: apenas 25% da população brasileira, maiores de dezesseis anos, utilizaram a internet para interagir com Órgãos Públicos, e que o acesso a esses Órgãos, bem como à internet como um todo, cresce em razão da renda familiar, do grau de instrução e da classe social, ao passo que diminuía o acesso conforme aumentava a idade do internauta;

Quanto à classe social e ao grau de instrução: apenas 11% da população de classes sociais D e E, bem como apenas 12% dos que possuíam somente o ensino fundamental, acessavam à internet;

Quanto à habilidade com computador: cerca de 1/3 dos que alegaram saber utilizar o computador, sequer haviam utilizado um editor de texto, o que é uma “*atividade considerada básica*”, e que 73% dos adultos com mais de quarenta e cinco anos se sentiam despreparados para utilizar o computador.

Diante dessa realidade, de verdadeira exclusão digital em massa, nos resta concluir que o processamento de feitos integralmente pela via digital precisa ser efetivado paulatinamente e, principalmente, ser acompanhado de políticas públicas lúcidas e razoáveis, sob pena de se ferir não só o princípio da publicidade como, principalmente, o da isonomia.

Lembramos o entendimento de Luis Roberto Barroso⁴⁰, para quem efetividade significa “*a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social*”, bem como “*a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais*” simbolizando “*a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social*”.

Conjugando os argumentos expostos pela OAB na ADIn nº. 3.880 e os elementos estatísticos e doutrinários supracitados, consideramos que, no que diz respeito ao acesso à justiça com efetividade, a justiça deverá sim ser realizada da forma mais célere possível. Ressaltamos, entretanto, que essa rapidez deva respeitar a duração razoável do processo. Caso contrário, a celeridade desenfreada será tão nociva socialmente quanto as delongas processuais que se buscam extinguir com esse mecanismo.

³⁹ O CETIC.br – “*é responsável pela produção de indicadores e estatísticas sobre a disponibilidade e uso da Internet no Brasil, divulgando análises e informações periódicas sobre o desenvolvimento da rede no país*”. Disponível em: <<http://www.cetic.br/>>. Acesso em 14 ago 2009.

⁴⁰ BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1990, p. 76 e ss.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Propusemos uma análise da preservação das garantias processuais no processo virtual. Para isso, passamos brevemente pelos movimentos de acesso à justiça, pelo histórico da busca por mecanismos mais céleres de conferir justiça, notadamente em matérias menos complexas, pela criação dos juizados, suas peculiaridades e pioneirismo no processo virtual na esfera nacional, pelas argumentações quanto à constitucionalidade da Lei nº 11.419/06, chegando à grande indagação quanto às garantias processuais na esfera virtual.

Pois bem. A celeridade tem sido o grande objeto propulsor das modificações legislativas. Foram muitas lei reformadoras desde 1973, quando o nosso Código de Ritos entrou em vigor. Considerando a legislação extravagante, foram mais de sessenta alterações cuidando dos mais diversos procedimentos⁴¹. Em alguns casos o mesmo dispositivo foi alterado sucessivas vezes.⁴²

Mencionamos esses dados para levar o leitor a refletir sobre a plausibilidade das alterações, necessárias sim, sobretudo em razão dos novos conflitos em escala de massa, mas que demandam cautela e prudência do legislador, para que não se comprometa a integridade do sistema processual diante de tantos “remendos”. Concordamos que as reformas sejam necessárias, assim, como os juizados são o grande passo para desafogar a justiça e conferir prestação jurisdicional da forma mais rápida, acessível e justa possível.

Modificar a legislação, inovar, adequar-se às novidades tecnológicas e utilizar-se dessas ferramentas a fim de que o Direito seja conferido e assegurado a quem o detém de fato são atitudes louváveis. Porém, como profissionais do direito, devemos analisar e exercer nossa contribuição social ao apontarmos em que aspecto possa estar havendo conflito entre a celeridade proposta pelo legislador infraconstitucional e as garantias processuais.

Isso porque devemos nos preocupar com a preservação da integridade e da coerência do sistema, ponderando-o previamente com os setores doutrinários e judiciais quanto à viabilidade das modificações.

Os juizados especiais, regidos pelos princípios da informalidade, simplicidade, em que se admite até mesmo ao jurisdicionado dispensar a representação processual, bem como figurando como verdadeiro desbravador ao reunir atividade judicante e tecnologia possibilitando o *e-process*, deverá ser observado também sob a ótica das garantias processuais, como a isonomia e o acesso à justiça.

A justiça igualitária é aquela que permite às partes a “*igualdade de armas*” diante do Poder Judiciário. Caso contrário acarretará um desequilíbrio dentro da relação processual, principalmente, como visto acima, em casos em que a parte acessa diretamente o Poder Judiciário, sem a assistência do advogado. Se a lei resolveu criar tal hipótese, deve assumir a responsabilidade de viabilizá-la de forma adequada.

Visto isso, consideramos que, quando a temática é celeridade, notadamente para este estudo do processo virtual, aspectos importantes devem ser ponderados para se compreender o que é

⁴¹ Lei nº. 5.925/73.

⁴² Veja-se o caso do agravo, alterado pelas Leis nº. 9.139/95, 10.352/01 e 11.187/05.

contribuição social e o que está se mostrando nocivo à sociedade. Isso, claro, sem deixarmos de concordar e destacar que a informatização do processo gera sim muitos benefícios sociais.

Benefício maior ainda poderá ser alcançado com os processos virtuais se forem considerados e respeitados os limites do desenvolvimento econômico, social e estrutural de nosso país, lembrando que uma grande mudança deve ser efetivada de forma planejada, equilibrada e racionalizada. De nada adianta buscar soluções instantâneas, milagrosas e com forte apelo de mídia, quando todos nós sabemos que o processo virtual precisa de um período de maturação, e não deve extinguir completamente o processo de papel, pelo menos não em curto prazo.

REFERÊNCIAS

ARONNE, Bruno. *Processo digital. Informatização da Justiça exige empenho e cautela*. Fonte: <http://conjur.estadao.com.br/static/text/65929>. Acesso em 22/01/2009.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito Processual Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

BARBOSA, Hugo Leonardo Pena. “Lei n.º 11.419/2006: o processo eletrônico como garantia de um Judiciário efetivo”. In *Revista Dialética de Direito Processual*. Nº. 49, São Paulo: Oliveira Rocha, 2007, pp. 79-94.

BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1990.

BRANDÃO NETO, João Marques. Juizados Especiais: a Fênix da Justiça Ibero-Brasileira. In *Revista Boletim Científico*. Juizados Especiais: a Fênix da Justiça Ibero-Brasileira. Escola Superior do MPU. V. 4, nº. 16, jul/set de 2005.

BRASIL/ *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília/DF, 1988.

BRASIL/ *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília/DF, 1967.

BRASIL/ *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. 1946.

BRASIL/ *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. 1937.

BRASIL/ *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. 1934.

BRASIL/ *Constituição Política do Império do Brasil*. 1824.

BRASIL/ Congresso Nacional. *Lei nº. 11.419. Dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil; e dá outras providências..* Brasília/DF, 2006.

_____. *Lei nº. 11.187. Altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, para conferir nova disciplina ao cabimento dos agravos retido e de instrumento, e dá outras providências.* Brasília/DF, 2005.

_____. *Lei nº. 10.352. Altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, referentes a recursos e ao reexame necessário.* Brasília/DF, 2001.

_____. *Lei nº. 10.259. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal.* Brasília/DF, 2001.

_____. *Lei nº. 9.139, Altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que institui o Código de Processo Civil, que tratam do agravo de instrumento.* Brasília/DF, 1995.

_____. *Lei nº. 9.099. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências.* Brasília/DF, 1995.

_____. *Lei nº. 5.925. Retifica dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que instituiu o Código de Processo Civil.* Brasília/DF, 1973.

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

CALMON DE PASSOS, J.J.. *Democracia, participação e processo.* In *Participação e Processo.* Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1988.

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

CAPPELLETTI, Mauro. *Formações Sociais e Interesses Coletivos Diante da Justiça Civil.* In *Revista de Processo*, vol. 5, separata.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça: Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública: Uma Nova Sistematização da Teoria Geral do Processo*, 2ª ed., rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

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

LAGRASTA NETO, Caetano. *Juizado Especial de Pequenas Causas no Direito Comparado.* São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

_____; DINAMARCO, Candido Rangel. V.FRONTINI, Paulo Salvador. *Juizado Especial de Pequenas Causas.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

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

PACHECO, José da Silva. *Evolução do Processo Civil brasileiro*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. *A Tutela Coletiva no Brasil e a sistemática dos novos direitos*. In Revista Direito Público II, organizada pela Escola Federal de Direito, São Paulo: Editora Federal, 2005, pp. 91-112.

_____. *O Novo Ciclo de Reformas do CPC* (em coautoria com o Dr. Marcelo Pereira de Almeida). In Revista *Quaestio Iuris*, Faculdade de Direito da UERJ, nº 4, Rio de Janeiro: Gamma Editora, setembro de 2006, pp. 53-76.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SOUSA, Álvaro Couri Antunes. *Juizados Especiais Federais Cíveis: aspectos relevantes e o sistema recursal da Lei nº 10.259/01*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

WATANABE, Kazuo. *Acesso à Justiça e Sociedade Moderna*. In *Participação e Processo*. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1988.

WATANABE, Kazuo; GRINOVER, Ada Pellegrini; CARNEIRO, João Geraldo Piquet; LAGRATA NETO, Caetano; DINAMARCO, Candido Rangel. V.FRONTINI, Paulo Salvador. *Juizado Especial de Pequenas Causas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

SITES ACESSADOS:

http://www.ag.gov.bc.ca/courts/civil/smallclaims/guides/what_is_small_claims

<http://www.ajufe.org.br>

<http://www.cetic.br>

<http://www.delegaciavirtual.rj.gov.br>

<http://www.jfrj.gov.br>

<http://www.mj.gov.br>

<http://www.planalto.gov.br>

<http://www.priberam.pt>

<http://www.stf.jus.br>

LA MEDIACIÓN: MÉTODO DE RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS EN EL PROCESO CIVIL ESPAÑOL

HELENA SOLETO MUÑOZ

*Profesora Titular de Derecho Procesal. Mediadora.
Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas
Universidad Carlos III de Madrid.*

SUMARIO

1.- ¿Qué es mediación? 1.1. Aproximación al término 1. 2. La mediación y la conciliación: ¿términos equivalentes? 1.3. ¿Escuelas o estilos de mediación? 2.- La mediación conectada con el Tribunal: la derivación 2.1. Mediación y mediación intrajudicial o mediación conectada con el Tribunal 2.2.- Las referencias a la mediación en el proceso civil español: la modificación de la LEC de 2005 2.3. La derivación de los conflictos a la mediación 2.3. a) La derivación: nivel de obligatoriedad 2.3.b) Pautas de derivación 2.3.c) Experiencias piloto en mediación familiar intrajudicial 2.3.d) Conclusiones sobre la derivación 3.Cuestiones pendientes en mediación en el ámbito civil: la Directiva de mayo de 2008 4. Conclusiones. Bibliografía

1.- ¿Qué es mediación?

1.1. Aproximación al término

La mediación es uno de los instrumentos para conseguir la autocomposición o acuerdo entre las partes.

Es difícil pretender delimitar qué es o qué no es la mediación; posiblemente porque se trata de una institución jurídica de reciente introducción en nuestro ordenamiento, que tiene diverso reflejo normativo en cada uno de los órdenes jurisdiccionales españoles y en los distintos ámbitos territoriales en los que se ha comenzado a implantar.

Posiblemente busquemos una definición de la mediación, lo que es, lo que no es, lo que no puede hacerse, cómo hay que hacerla... en coherencia con nuestra tradición jurídica romana, sin embargo es preciso señalar aquí que establecer límites claros y excluyentes en relación con el concepto de mediación no es conveniente, porque precisamente una de las características del procedimiento de mediación ha de ser la flexibilidad.

Dicho esto, intentando establecer unos límites difusos, y desde un punto de vista jurídico podríamos decir que la mediación es un procedimiento a través del cual un tercero imparcial ayuda a las partes en conflicto a llegar a un acuerdo.

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

Es esta visión la que se recoge en la Directiva de 21 de mayo de 2008, donde se define en el artículo 3 como “un proceso estructurado 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”

Los elementos a los que en la Directiva se hacen referencia son:

- estructura del proceso
- dos o más partes
- voluntariedad del proceso
- acuerdo de las partes
- ayuda del mediador

En general, estos elementos son admitidos por la doctrina y la práctica de la mediación como consustanciales al concepto de mediación, si bien la cuestión de la estructura del proceso o la voluntariedad del proceso no se encuentran perfectamente cristalizadas de forma generalizada.

Es decir, que, en cuanto a la estructura del proceso, la regla general es que la mediación no tiene una estructura fija, si no que ha de ser flexible, adaptándose a las necesidades de cada caso.

Sí se puede establecer una mínima estructura basada en una primera fase en la que las partes, tras ser informadas de las características del proceso de mediación, acordarían iniciar el proceso, seguida de una segunda fase de búsqueda del acuerdo y de una tercera fase de plasmación del acuerdo.

Pretender establecer normativamente otras fases o etapas puede suponer limitar la esencia de la mediación, la libertad de las partes. Además, ha de tenerse en cuenta que todas estas fases pueden darse en una única sesión de mediación, como es habitual, por ejemplo, en los sistemas de Reino Unido o de Estados Unidos.

En cuanto a la voluntariedad del proceso, es generalmente admitido que forma parte de la esencia de la mediación, sin embargo en algunos ordenamientos y corrientes doctrinales se considera que es posible obligar a las partes a acudir a la mediación, o al menos a una primera sesión informativa, como veremos más adelante.

En las definiciones adelantadas nos referíamos a la visión de la mediación vinculada a un conflicto con posible relación con un proceso, sin embargo una perspectiva más amplia de la mediación nos permitiría definirla como un proceso en el que un tercero imparcial ayuda a otros a gestionar constructivamente y posiblemente resolver un conflicto, planear una transacción o definir los contornos de una relación¹.

El mediador, por su parte, de acuerdo con el artículo 3 de la Directiva de 2008, *“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”*, que, como se apunta en el mismo artículo, podrá incluso ser un Juez, pero nunca el competente del asunto. Así, las características del mediador serán imparcialidad, competencia y que guarde la confidencialidad del asunto.

En todo caso, el resultado de la mediación pertenece a las partes, y el mediador no podrá transmitir el contenido o la actitud de las partes al Tribunal, como consecuencia de su obligación de confidencialidad, con excepciones por orden público². Esta obligación ha de garantizarse sobre todo en los casos en los que exista una relación de trabajo estrecha entre mediador y Tribunal, como puede ser el caso de mediadores integrados en los equipos de los Tribunales³.

1. 2. La mediación y la conciliación: ¿términos equivalentes?

Habitualmente se intenta establecer cuáles son las fronteras entre la mediación y una institución análoga, la conciliación, sin embargo, ya adelanto que la tarea es ardua y que probablemente no tendrá un resultado claro.

¹ MENKEL-MEADOW, *Dispute resolution: Beyond the Adversarial Model*, Nueva York (EEUU): 2005, pág. 265

² Precisamente el artículo 7 de la Directiva de 2008 se dedica a la confidencialidad, estableciéndose dicho deber con las excepciones consecuentes con el orden público (protección de un menor o prevención de daños físicos o psicológicos de una persona) o cuando el propio sistema exija el conocimiento del contenido para permitir la ejecución del acuerdo.

“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.”

³ Compartimos la visión de BUTTS GRIGGS, Respuestas al cuestionario del CEJ, 2008, en cuanto a que se manifiesta contraria a la comunicación al Juzgado de información sobre la mediación, fuera de si las partes acudieron y llegaron a un acuerdo, como consecuencia de la confidencialidad. Lo contrario sería confundir la figura del mediador con la del perito.

En nuestro sistema jurídico, la conciliación ha sido una figura incómoda en el proceso civil, limitada a partir de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 a los justos términos de la voluntad de las partes⁴, ello dio lugar posiblemente a la diferenciación de GIMENO basada en la institucionalización de la conciliación y el carácter espontáneo de la mediación⁵, o a la distinción de MORENO CATENA entre mediación, en la que el mediador ofrece soluciones, o conciliación, en la que simplemente aproxima a las partes⁶. ORTUÑO y HERNÁNDEZ GARCÍA se refieren a la conciliación que realiza el Juez como intento de aproximación de posiciones⁷.

En el ámbito laboral, punta de lanza en cuanto a fomentar el acuerdo de las partes y la negociación, se han recogido referencias a mediación y conciliación, sin distinguirse eficazmente ambas instituciones⁸.

Por otra parte, en el derecho comparado no existe una distinción absoluta entre mediación y conciliación; ambos términos pueden referirse a la intervención de un tercero para llegar a un acuerdo, así como a la propia posibilidad de un acuerdo entre las partes⁹. En general, en los sistemas anglosajones, la conciliación engloba a la mediación, y, por otra parte, se considera que la actividad de conciliación es más intervencionista¹⁰.

De hecho, cuando en la Directiva sobre Mediación en asuntos civiles y mercantiles publicada el 26 de mayo de 2008 se define en el artículo 3 lo que se entenderá por mediación, se apunta a “un procedimiento estructurado, sea cual sea su nombre o denominación...”.

Se podría distinguir mediación de conciliación en cuanto que la mediación es un procedimiento en la que el mediador utiliza determinadas técnicas y sigue unas reglas, y la conciliación es la ocasión en la que las partes pueden llegar a un acuerdo, sin embargo, no entiendo que sea posible realizar una distinción jurídica absoluta, ni en el sistema español ni en general en el derecho comparado.

⁴ El acto de conciliación era preceptivo, y en la práctica no se solía llevar a cabo con la voluntad de llegar a un acuerdo.

⁵ En MORENO CATENA, CORTES DOMINGUEZ y GIMENO SENDRA, Introducción al Derecho Procesal, Colex, 2000.

⁶ MORENO CATENA y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Introducción al Derecho Procesal, Tirant lo Blanch, 2005, pág. 41.

⁷ ORTUÑO MUÑOZ, José Pascual y HERNÁNDEZ GARCÍA, Javier: Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR): la mediación en las jurisdicciones civil y penal, Documento de trabajo 110/2007, Fundación alternativas, pág. 13, achacan su fracaso histórico a los errores de planteamiento de la institución. Vid. el interesante trabajo de ORTUÑO y HERNÁNDEZ en relación con la reforma del modelo de Administración de justicia heredado de la ilustración.

En el art. 3. a) II de la Directiva de mayo de 2008 se hace referencia a la conciliación judicial, excluyéndola del ámbito de la Directiva.

⁸ SOLETO MUÑOZ, La mediación en el ámbito laboral, en Mediación y solución de conflictos: habilidades para una necesidad emergente, Tecnos, 2007.

⁹ La ley francesa de 8 de febrero de 1995, relativa a la organización de la jurisdicción y al procedimiento civil, penal y administrativa utiliza los términos mediación y conciliación sin establecer distinción entre ellos.

¹⁰ Así, por ejemplo, en la ley modelo de UNCITRAL para conciliación en asuntos mercantiles se prefiere el término conciliación, en la idea de que engloba diferentes métodos de resolución no heterocompositivos. Vid. WIWEN-NILSSON, Tore; Commercial dispute settlement: issues for the future, pág. 2.

En el sistema de Reino Unido se considera que en la conciliación el tercero tiene una actividad más intervencionista que en la mediación. http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_eng_en.htm#107, al igual que en Alemania http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ger_en.htm y La mediation en Europe, Synthèse, Marco Bouchard, GEMME, p. 3.

La mediación por lo tanto es una forma de autocomposición, parte de las denominadas ADR, formas alternativas de resolución de las disputas, entre las que también se encuentra el arbitraje y otras formas mixtas de resolución diferentes a la jurisdicción, a las que se recurre con cierta frecuencia en los sistemas jurídicos anglosajones, entre los que existen numerosos procesos alternativos de resolución de conflictos en el ámbito privado y procesos alternativos de resolución de conflictos públicos, es decir, vinculados con la Administración de Justicia¹¹.

La mediación también puede entenderse como una forma de negociación asistida, en la que el mediador ayuda a las partes a identificar sus intereses, las opciones existentes y los posibles acuerdos, recogiendo incluso el acuerdo final en caso de existir¹².

1.3. ¿Escuelas o estilos de mediación?

Se cuestiona la existencia de “escuelas” de mediación. Probablemente podríamos asistir a una descripción de distintas escuelas basadas en unas u otras técnicas, nuevas escuelas que se arroguen tales diferencias, especialidades o tendencias, y que pueden ser innumerables.

Lo cierto es que en el panorama estadounidense, en el que la mediación y la negociación tienen gran relevancia en las relaciones jurídicas, la doctrina y la práctica identifican formas de hacer mediación más facilitadora o más evaluativa.

Esto significa que se plantea la cuestión de si el mediador ha de ser una simple vía de comunicación de las partes, facilitándola, y facilitando por lo tanto el acuerdo, o si, todo lo contrario, el mediador puede ser evaluativo o directivo, sugiriendo o incluso aconsejando vivamente soluciones a las partes, o dando su opinión sobre el conflicto y su personal visión sobre el posible acuerdo o evaluando las posibilidades de triunfo ante los Tribunales¹³.

Entiendo que cada mediador puede tener su estilo personal, pero que es conveniente que amplíe su repertorio para poder ser un facilitador más adecuado en cada caso al que se enfrente: es

¹¹ Entre los procesos ADR privados se pueden enumerar el Arbitraje, que puede revestir las siguientes formas: arbitraje vinculante, arbitraje no vinculante, arbitraje de oferta final, arbitraje limitado, la Localización de hechos, que puede darse en su variedad de localización neutral o de localización por experto, ambas orientativas o vinculantes, o la localización conjunta; Mediación, Med-arb, Minijurado, ADR escalonado, Reg-neg, Ombudsman, Asociación, Cláusula contractual, Aproximación de dos caminos.

Entre los procesos ADR en los Tribunales, se pueden enumerar la Mediación conectada con los Tribunales, la Evaluación neutral prematura, el Arbitraje conectado con los Tribunales, Juicio sumario de jurado, ADR en Apelación, Conferencias con el Juez, Mini juicio, Multiopción ADR, Semana de Acuerdos, Juicio privado. Vid. Center for Public Resources, The ABC's of ADR, y Guía de la Asociación Americana de Abogados (American Bar Association) <http://www.utexas.edu/law/academics/centers/cppdr/resources/ABA%20Guide%20to%20DR%20Processes.doc>

¹² De acuerdo con SANDER, mediación es negociación llevada a cabo con la asistencia de una tercera parte. SANDER, GOLDBERG, ROGERS y COLE, *Dispute resolution: Negotiation, Mediation and Other Processes*, pág. 111

¹³ Es ilustrativo a este efecto el trabajo de RISKIN, *The new old grid and the new new grid system*, *Notre Dame Law Review*, 79,1.

Además de esta distinción entre estilos facilitativos o evaluativos, también es generalmente aceptado como estilo en Estados Unidos el estilo transformativo, liderado por BUSH y por FOLGER. En el mismo sentido, BUTTS GRIGGS, Thelma, *Manual para la mediación laboral*, con MUNDUATE et alii, CARL, 2008.

diferente la forma de abordar la mediación en un caso en el que no existen relaciones personales entre las partes de un caso en el que sí existen (familia, trabajo, vecindad...), e igualmente es distinta la forma de abordar un conflicto puntual (disputa sobre linde de fincas...) que un conflicto amplio (separación, herencia...).

En general, la visión de la mediación en España y en Europa es de una mediación facilitadora, si bien desde el ámbito anglosajón, en el que se lleva trabajando en mediación desde hace más tiempo, tampoco se excluye una mediación evaluativa, de acuerdo con las circunstancias y la materia del conflicto.

En este sentido, en la Directiva de 26 de mayo de 2008, en el considerando 11º, se hace referencia a la exclusión de la definición de mediación de las formas “evaluativas” de terceros: *“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.”*

La dicción de este Considerando ha de entenderse como de exclusión de figuras distintas a la mediación como el “informe de experto”, o figuras análogas, de repercusión en países anglosajones en los que el tercero hace recomendaciones formalmente, admitiéndose por lo tanto la mediación evaluativa, siempre que no conlleve recomendaciones formales.

En el articulado de la Directiva no hay referencias a la forma evaluativa o no de la mediación, únicamente, en la definición del artículo 3 se remarca que el acuerdo es de las partes, auxiliadas por el mediador, lo que supone que no se ha querido entrar en la disquisición sobre las limitaciones a la mediación, que hubieran impedido el acuerdo de los países europeos, con muy diversas visiones sobre la cuestión.

La mediación se ha llevado a cabo en España principalmente en el ámbito escolar, vecinal, penal, laboral y familiar, si bien, a efectos jurídicos y con trascendencia a nivel judicial, únicamente el laboral, el familiar y el relativo a la responsabilidad penal de menores han sido regulados.

En España, se ha regulado la mediación en el ámbito laboral, como forma de resolución de conflictos a nivel territorial nacional o inferior, en el que destacan los servicios de las Comunidades Autónomas, muy diversos unos de otros, y en los que sólo en algunos se desarrolla una verdadera actividad mediadora¹⁴.

El principal ámbito de implantación de la mediación es el familiar, inicialmente a través de leyes de Comunidades Autónomas, y, posteriormente, de la modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil de julio de 2005, en la que se introdujo expresamente la posibilidad de suspensión del proceso matrimonial en el caso de acudir las partes a mediación.

¹⁴ Vid. SOLETO MUÑOZ, La mediación en el ámbito laboral, en *Mediación y solución de conflictos: habilidades...*

Por otra parte, la mediación penal tiene relevancia en cuanto a la responsabilidad penal de los menores, regulada en la Ley correspondiente y sobre todo en su Reglamento de desarrollo. La mediación penal de adultos se lleva a cabo puntualmente, en programas piloto o en servicios financiados por diferentes Administraciones¹⁵, sin embargo no se encuentra regulada expresamente¹⁶.

2.- La mediación conectada con el Tribunal: la derivación

2.1. Mediación y mediación intrajudicial o mediación conectada con el Tribunal

Como decíamos, la mediación es una forma de resolución de conflictos que puede darse en el ámbito privado o estar vinculada con un proceso vivo.

La mediación intrajudicial será aquella que se lleve a cabo una vez se haya iniciado un proceso a través de demanda, y en cualquier momento de su devenir, es decir, que es posible que exista mediación al principio del proceso civil, en pleno proceso e incluso en fase de ejecución de sentencia.

Las partes acudirán a la mediación bien a partir de alguna gestión de un organismo oficial, bien por iniciativa propia. En cualquiera de los casos podemos hablar de mediación intrajudicial, pues se produce una vez iniciado el proceso y desarrollo y resultado tendrá efectos en dicho proceso, sin embargo, generalmente se hace referencia a mediación intrajudicial cuando la iniciativa de la mediación parte del órgano jurisdiccional o cuando se utilizan los servicios del órgano jurisdiccional.

Sería más correcto hacer referencia a la mediación conectada con el Tribunal, tal como se denomina a esta clase de mediación en el sistema estadounidense (court-connected mediation), aunque en otros países de Europa en general se denomina mediación judicial, como en Bélgica distinguen, de la voluntaria¹⁷, o en Francia de la convencional¹⁸.

El término más adecuado puede ser el de mediación conectada con el Tribunal o mediación intrajudicial, pues el término mediación judicial puede llevar a la errónea conclusión de que es el Juez el que lleva a cabo la labor de mediación.

¹⁵ Vid. Los trabajos de SÁEZ VALCÁRCEL, FREIRE PÉREZ, PASCUAL RODRÍGUEZ, RÍOS MARTÍN, BENITO OSÉS, SANTOS ITOIZ y SÁNCHEZ ÁLVAREZ respecto del proyecto piloto en mediación penal de adultos del CGPJ en Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación, Estudios de Derecho Judicial, CGPJ, 2006.

¹⁶ La vía jurídica para dar eficacia al acuerdo es habitualmente la atenuante o la conformidad, incluso premiada del art. 801.

¹⁷ Vid. Loi 21 février 2005 modifiant le code judiciaire en ce que concerne la médiation. La médiation en Europe..., cit., pág. 8

¹⁸ Rapport d'Information sur la médiation en Europe, Asssemblée nationale, 13 de febrero de 2007, presentado por FLOCH, Jacques, pág. 14. ORTUÑO y HERNÁNDEZ se refieren también a la mediación privada o contractualista: Sistemas alternativos..., cit., pág. 41.

La mediación no conectada con el Tribunal, es decir, la de las partes a su iniciativa y con servicios privados o no vinculados al Tribunal, podrá tener sus efectos en el proceso de la misma forma que la mediación conectada con el Tribunal, a través de figuras como la suspensión del proceso, y su resultado relevancia procesal con la figura de la transacción.

2.2.- Las referencias a la mediación en el proceso civil español: la modificación de la LEC de 2005

La ley 15/2005, de 8 de julio, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento civil en materia de separación y divorcio, introdujo la mediación en el proceso civil, concretamente en el ámbito del proceso de familia, aplicable para la separación, nulidad o divorcio de los cónyuges, modificación de medidas y procesos sobre guarda, custodia y alimentos de hijos menores de edad.

En la propia Exposición de Motivos de la Ley se hace referencia a la importancia de lograr el acuerdo de los cónyuges sobre las medidas que los afecten, sobre todo cuando existan menores de edad, permitiendo el acceso en todo momento a la vía de la mediación:

“De esta forma, las partes pueden pedir en cualquier momento al Juez la suspensión de las actuaciones judiciales para acudir a la mediación familiar y tratar de alcanzar una solución consensuada en los temas objeto de litigio...”

Con el fin de reducir las consecuencias derivadas de una separación y divorcio para todos los miembros de la familia, mantener la comunicación y el diálogo, y en especial garantizar la protección del interés superior del menor, se establece la mediación como un recurso voluntario alternativo de solución de los litigios familiares por vía de mutuo acuerdo con la intervención de un mediador imparcial y neutral. ”

A través de la citada ley se han introducido dos referencias a la mediación en la LEC: la primera, en el artículo 770, relativo al procedimiento principal, creándose un nuevo apartado séptimo, en el que se indica que *«Las partes de común acuerdo podrán solicitar la suspensión del proceso de conformidad con lo previsto en el artículo 19.4 de esta Ley, para someterse a mediación.»*

La ley hace énfasis en la suspensión a instancia de las partes, dejando fuera de la regulación la posible derivación realizada por el órgano jurisdiccional. Así, es posible la suspensión de las actuaciones, sin embargo, tal como se ha observado en los proyectos piloto llevados a cabo en distintas ciudades españolas, la suspensión de las actuaciones es un elemento en contra de la aceptación de las partes de acudir a la mediación, pues en la mayoría de los casos quieren ver su asunto zanjado lo antes posible.

Señala acertadamente BUTTS GRIGGS que en principio no es conveniente suspender actuaciones, pero tampoco celebrar actuaciones durante la mediación, pues ello favorece la

confrontación, con lo que lo más adecuado será llevar a cabo la mediación con anterioridad a las vistas¹⁹, posición también de HINOJAL²⁰.

La segunda novedad en cuanto a mediación introducida por la ley de 2005 se encuentra en el artículo 777, sobre el procedimiento de mutuo acuerdo, en el que se podrá adjuntar “*en su caso, el acuerdo final alcanzado en el procedimiento de mediación familiar*”. Entendemos que la referencia del art. 777 es hecha a los casos en los que la mediación se inicia a instancia del Tribunal, y que, por lo tanto, no se refiere a la mediación a la que las partes accedieran con anterioridad a la judicialización de su ruptura, caso en el que podrán adjuntar el acuerdo de mediación si así lo desean.

En la Disposición final tercera de la Ley de 2005 se anunció la futura legislación sobre mediación, que estaría “*basada en los principios establecidos en las disposiciones de la Unión Europea, y en todo caso en los de voluntariedad, imparcialidad, neutralidad y confidencialidad y en el respeto a los servicios de mediación creados por las Comunidades Autónomas*”, lo que aún no se ha producido.

Pues bien, estas referencias han sido insuficientes para regular la cuestión de la mediación en el proceso civil, únicamente se refieren a la mediación familiar, ámbito en el que es muy necesaria, y sólo se hace referencia a la posibilidad de suspensión del proceso.

Es precisa la regulación de la eficacia del acuerdo de mediación, que no se recoge como documento de trascendencia jurídica en el proceso, salvo en la referencia del artículo 777 como documento a aportar “en su caso” y junto al convenio regulador. La naturaleza jurídica del acuerdo de mediación no es clara, se trata en principio de una transacción, que el Juez debe convalidar, lo que no hará de ser contrario al interés público.

En proceso de familia el acuerdo de las partes se ha de integrar en el convenio regulador, pero también es susceptible de acogerse por el Juez en cualquier momento del proceso el acuerdo general o puntual de las partes, y en este sentido la Ley de 2005 refuerza la facultad del Juez de procurar el acuerdo de las partes..

Los acuerdos de las partes han de respetar el interés público para ser aprobados por el Tribunal, lo que se controlará en caso de existir menores, incapaces o ausentes afectados por el resultado del proceso, con el concurso además del Fiscal.

La calificación de un acuerdo como contrario al interés público corresponde al Juez, y se basará habitualmente en que no garantice el bienestar del menor. Encontramos un amplio margen de discrecionalidad en este ámbito, que puede dar lugar a la transposición de valores personales en cuanto a lo conveniente o no conveniente para el menor, y contra el que se manifiesta la propia Exposición de Motivos de la ley de 2005: “*La intervención judicial debe reservarse para cuando haya sido imposible el pacto, o el contenido de las propuestas sea lesivo para los intereses de los*

¹⁹ BUTTS GRIGGS, Respuestas..., cit.

²⁰ HINOJAL, El abogado en la mediación familiar, CEJ, 2007, pág. 6, http://www.cej.justicia.es/doc_users/ponencias/2007/2007_3229_4_5128_1.pdf

hijos menores o incapacitados, o uno de los cónyuges, y las partes no hayan atendido a sus requerimientos de modificación”.

Es conveniente delimitar qué cuestiones son susceptibles de control por el juzgador y qué cuestiones no, siendo evidente que las cuestiones patrimoniales pertenecen al ámbito absolutamente privado, con la excepción de los alimentos, que habrán de garantizar en lo posible el bienestar del menor y que sí son de requerido control judicial.

En cuanto al resto de cuestiones que se recogen en un acuerdo de mediación, únicamente la guarda y custodia del menor y las comunicaciones y visitas del no custodio son susceptibles de revisión por el Juez en casos extremos en los que el acuerdo de las partes sea gravemente perjudicial para el menor desde la perspectiva del Juez²¹.

En lo relativo a los efectos de la mediación en el proceso, como señalábamos antes, son comunes a los de la mediación no conectada con el Tribunal; el proceso puede suspenderse si las partes lo solicitan al tribunal, según se establece en el artículo 19 de la LEC: “las partes podrán solicitar la suspensión del proceso, que será acordada, mediante auto, por el tribunal, siempre que no perjudique al interés general o a tercero y que el plazo de la suspensión no supere los sesenta días”.

Este plazo es posiblemente muy escaso para desarrollar la mediación, inferior a plazos previstos para realizar la mediación en leyes de mediación familiar de Comunidades Autónomas: las normas catalanas establecen que la duración del procedimiento de mediación será de un máximo de tres meses, a contar desde la primera reunión del mediador y las partes, prorrogables por otros tres meses.

De durar la mediación más allá de los dos meses de suspensión, teóricamente el Tribunal podría requerir a las partes o dictar resolución regulando las medidas sobre las que las partes discrepaban, sin embargo, lo habitual será que el Tribunal no realice ninguna actuación, y dado que los efectos de la falta de actuación no se dan hasta los dos años (caducidad de la instancia, art. 237 LEC), en principio no habrá mayor problema.

Por otra parte, en la práctica, se prorroga por los Jueces el plazo de suspensión si se solicita por las partes y se aporta prueba de la diligencia en la tramitación de la mediación²².

²¹ MARTÍN NÁJERA, PÉREZ SALAZAR y UTRERA adjuntan al Protocolo sobre mediación familiar intrajudicial del CGPJ de 2008 una sentencia de la AP de Toledo en la que se afirma que “*la voluntad de los cónyuges recogida en el Convenio Regulador sobre la guarda y custodia compartida sólo puede ser sustituida por el juez si existen razones de peso*”, “*son los ex-cónyuges los que, conforme a la normativa del Código civil, regulan su separación y sientan las bases de la misma, siendo la intervención judicial sólo proyectable sobre los hijos menores de existir y hacerse necesaria en aplicación del principio “favor lili” y en el supuesto de que el mismo no se salvaguarde en debida forma por los padres...*” (S. de 12 de febrero de 2008). También adjuntan la tabla realizada por PÉREZ MARTÍN para realizar una aproximación a las pensiones alimenticias. En relación con este último punto, es interesante la experiencia alemana, en la que los jueces junto con los abogados de familia acuerdan periódicamente unas ecuaciones y tablas sobre la cuestión. Vid. SOLETO MUÑOZ, *Las medidas provisionales en los procesos de familia*, Tirant lo Blanch, 2002.

²² En el Protocolo del CGPJ 2008 se hace referencia a la prórroga de la suspensión adjuntándose certificación del mediador de que continúa la mediación.

2.3. La derivación de los conflictos a la mediación

La gran diferencia entre ambos tipos de mediación (privada e intrajudicial) estribará en el inicio del procedimiento de mediación: las partes van al proceso cuando no consiguen resolverlo privadamente, por lo tanto, la derivación del conflicto a mediación es la nota distintiva; cuándo, cómo y qué asuntos derivar a mediación. La derivación de un asunto a mediación se circunscribe en principio a una sesión informativa o primera sesión, a partir de la cual las partes acordarán o no iniciar un procedimiento de mediación.

Esta derivación soporta una tensión entre dos principios básicos del proceso: la autonomía de la voluntad y la imparcialidad judicial.

La autonomía de la voluntad se traduce en el proceso civil en el principio dispositivo, que supone que el objeto y la pretensión pertenecen a las partes y que el juzgador tiene un deber de congruencia,²³ principio que, como es sabido, incide parcial y no totalmente en el proceso de familia como consecuencia del interés público subyacente²⁴.

Este principio puede verse amenazado por el principio de autoridad judicial: el Juez es un tercero ajeno y superior al conflicto que impone su solución, que, por lo tanto ha de comportarse de forma imparcial.

Surge así la tensión cuando el Juez o el Tribunal realiza la derivación a la mediación: ¿puede entenderse esta derivación como una amenaza al principio dispositivo? ¿es posible una derivación obligatoria para las partes?

2.3. a) La derivación: nivel de obligatoriedad

Uno de los elementos esenciales de la mediación es la voluntariedad, afirmada contundentemente por nuestra Ley de Enjuiciamiento civil, al hacer referencia a que las partes solicitarán la suspensión para intentar la mediación, así como por la Directiva de mayo de 2008, voluntariedad evidente para que acepten el resultado de la mediación; es decir, como señala BUTTS GRIGGS²⁵, que la característica de la voluntariedad es consustancial a la aceptación del resultado de la mediación, pero no respecto de la derivación a una sesión informativa²⁶;

Es conveniente, conforme a la voluntariedad, consecuencia del principio de libre disposición, que las partes acudan voluntariamente a la mediación, sin embargo, ello no puede suceder si no conocen las características de la mediación. Lo primero será entonces recibir

²³ Vid. GIMENO SENDRA, Instituciones de Derecho Procesal

²⁴ SOLETO, El interés público en el proceso de familia, Revista de Derecho de Familia, Lex Nova, nº. 18, 2003

²⁵ BUTTS GRIGGS, Respuestas al cuestionario del CEJ sobre mediación, Madrid, febrero de 2008.

²⁶ Vid. GALEOTE MUÑOZ, La necesidad de un método profesional de mediación: la importancia de la interención del abogado en este proceso, IW Working Paper Derecho, 15/04/2005, pág. 2.

información sobre el procedimiento de mediación, lo cual se hace a través de la derivación a una primera sesión de mediación o sesión informativa por parte del Tribunal.

En algunas normas de las Comunidades Autónomas ya se hacía referencia a esta derivación²⁷, aunque finalmente la Ley de 2005 vino a recoger la suspensión del proceso a instancia de las partes, aunque no la derivación a instancia del Juez.

Por otra parte, aparece como obstáculo a establecer la obligatoriedad para las partes de la asistencia a la sesión informativa la exigencia constitucional de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción. ¿Cómo combinar ambos intereses?

De establecerse una obligatoriedad de asistencia a la sesión informativa, deberíamos establecer consecuencias al incumplimiento. Parece imposible asumir la denegación del acceso a la jurisdicción, o una limitación de los derechos procesales de la parte que incumpla la obligación.

Una multa podría ser admisible, si bien se podría cuestionar desde el punto de vista constitucional, pero que podría justificarse en caso de mediación familiar y existir menores, dado que el principio general de protección del menor impregna nuestro ordenamiento.

La propia Directiva de mayo de 2008 se refiere a la voluntariedad de la mediación como uno de sus elementos básicos, si bien también se señala en el artículo 5, sobre recurso a la mediación, en el apartado 2, que “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”, con lo que se admite cierto grado de injerencia sobre la voluntad de las partes pero a la vez garantizando el derecho a la tutela judicial efectiva²⁸.

En general, en los países de Europa se fomenta el uso de la mediación en el ámbito familiar, y en algunos países el Tribunal puede derivar obligatoriamente a las partes a una primera sesión de mediación, como puede ser en Finlandia, Malta, República Checa, y algunos Landern Alemanes²⁹, mientras que en otros países se favorece su uso, o se opta por la obligatoriedad de acudir a una sesión informativa sobre los efectos de la ruptura en los hijos para iniciar una acción legal como Reino Unido o Estados Unidos³⁰.

²⁷ Así, la normativa gallega o valenciana, aunque, como bien señalan ORTUÑO y HERNÁNDEZ, *Sistemas alternativos...*, cit., pág. 52 y SOLETO, *La mediación en el ámbito de la ruptura familiar, en Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI*, UNED, 2005, la competencia para reglar la derivación, como norma procesal, compete en exclusiva a la legislación nacional de acuerdo con lo establecido en el artículo 149 de la Constitución

²⁸ ORTUÑO y HERNÁNDEZ, *Sistemas alternativos...*, cit., pág. 56, se refieren a la posibilidad de establecer una multa para la parte que no participe, o incluso a una condena en costas si sus peticiones no se ven recogidas por el Juez.

²⁹ *Rapport d'Information de la Asssemblée Nationale*, Francia, pág. 28.

³⁰ En Estados Unidos la variedad en cuanto a resolución alternativa de conflictos es muy amplia, y depende en gran medida de cada Estado e incluso de cada Condado y Tribunal. El origen puede estar en California, Estado en el que en 1980 se impuso la mediación obligatoria. Vid. MENKEL-MEADOW, *Roots and inspirations: a brief history of the Foundations of Dispute Resolution*, en *Handbook of dispute resolution*, BORDONE y MOFFIT dir., pág. 21, así como BUTTS GRIGGS, *Respuestas...*, cit., que se refiere a la experiencia del condado de Pima, en Arizona, donde es obligatorio asistir a una sesión sobre los efectos del divorcio y sobre mediación.

Puede ser positiva la introducción en nuestro país, en el ámbito de familia cuando existan menores de edad, de la obligatoriedad de la asistencia a una primera sesión informativa de las partes en un procedimiento contencioso, que se podría adelantar incluso a exigencia de procedibilidad para admitir la demanda a trámite, es decir, que se supeditara la admisión de la demanda –salvo para casos de violencia- a la presentación junto con la demanda del documento firmado por un mediador que refleje el intento de mediación por parte del demandante, lo que facilitaría el acceso a la mediación en general y remarcaría la privacidad del procedimiento, el control de éste por las partes y su independencia respecto del proceso principal. Como consecuencia al incumplimiento de alguna de las partes, podría imponerse una multa o la imposición de parte de las costas, a discreción del juzgador, como señalan ORTUÑO y HERNÁNDEZ³¹.

Probablemente la solución más adecuada estriba en fomentar positivamente el acceso a las formas de resolución alternativa de las disputas, favoreciendo el acceso a la mediación de forma privada, apoyando su uso a través de instrumentos no represores, sino de publicidad, y transmitiendo confianza en la institución de la mediación.

2.3.b) Pautas de derivación

El establecimiento de normas o incluso trabajos sin rango normativo como protocolos o enumeración de buenas prácticas en relación con la derivación podrá garantizar que la derivación sea respetuosa con los principios constitucionales genéricamente (derecho a la tutela judicial efectiva o derecho a un proceso debido) y con los principios relativos al proceso civil.

Curiosamente, la mediación tiene como finalidad hacer dueñas a las partes de su conflicto, puesto que el mediador auxilia a las partes a llegar a su acuerdo, sin embargo, una invitación a mediación puede ser entendida por las partes como una vulneración de sus derechos procesales.

Por otra parte, de la forma de la derivación dependerá el éxito de los procedimientos de mediación iniciados, fin principal de la derivación: si la mediación es utilizada para obtener resultados más satisfactorios para las partes, por una parte, y para descongestionar los Tribunales, por otra, buscando en resumen eficacia, la derivación habrá de obtener resultados en el sentido de que no podrá suponer un exceso de trabajo para el Tribunal y de que se conseguirá que las partes estén satisfechas con el procedimiento.

Así, se habrán de establecer pautas de derivación a mediación:

-es preciso determinar qué asuntos son susceptibles de ser sometidos a mediación

Varios estudios se han realizado sobre la mediación “obligatoria”, como el de WISSLER, R.L, .The effects of mandatory mediation: empirical research on the experience of small claims and common pleas courts, *Willamette Law Review*, 1977, 33, 565-579.cuyo resultado apunta la ventaja de la mediación para los abogados, que la recomiendan a sus clientes posteriores tras haber tenido experiencias de mediación obligatoria.

³¹ Vid. *Sistemas alternativos...*, cit.

- cuándo realizar la derivación
- cómo realizar a la derivación
- por quién la derivación ha de ser realizada.

También, por otra parte, se deben establecer pautas que controlen la eficacia de la mediación, basada principalmente en el resultado del procedimiento, si se llegó a un acuerdo, y, por otra parte, el grado de satisfacción de las partes con el procedimiento de mediación en relación con el proceso judicial.

2.3.c) Experiencias piloto en mediación familiar intrajudicial

En los últimos años se han generalizado programas de mediación familiar vinculada a procesos matrimoniales en distintos ámbitos territoriales.

Dado que diversas Comunidades Autónomas han regulado la mediación familiar a través de Leyes propias, desarrolladas en muchos casos por Reglamentos, en varias de ellas se ha institucionalizado la mediación familiar como un sistema de resolución de conflictos vinculado al proceso integrante incluso del sistema de asistencia jurídica gratuita.

La Comunidad más avanzada ha sido la de Cataluña, cuya Ley de Mediación data del año 2001, y cuyo Centro de Mediación Familiar organiza el servicio de mediación intrajudicial desde 2002³²

Además de estas experiencias, se han organizado programas piloto de mediación intrajudicial por el Consejo General del Poder Judicial en el ámbito familiar (también se ha desarrollado en el ámbito penal) que han dado como resultado documentos como el “Protocolo para la implantación de la mediación familiar intrajudicial en los Juzgados y Tribunales que conocen de procesos de familia”, de mayo de 2008³³, que recoge las experiencias dirigidas por Pascual Ortuño desde el año 2006 en Barcelona, Madrid, Málaga, Palma de Mallorca, Pamplona y Sevilla.

En este protocolo se apunta que la selección de los casos en los que la mediación podrá tener resultado es realizada por el Juez, con el auxilio del personal correspondiente, y que en principio en todos los casos de familia debe hacerse la derivación a la sesión informativa. Se apunta en el Protocolo de 2008 como criterio que la controversia se centre en las medidas de carácter personal³⁴.

Entendemos que, ante la necesidad de priorizar en la selección podrían ser criterios orientadores la valoración del grado de confrontación de las partes, la existencia de hijos y la

³² VALL RIUS, La experiencia de la mediación familiar en Cataluña, en Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación, Estudios de Derecho Judicial, 2006, pág. 539, apunta que el Centro de Mediación Familiar de Catalunya asumió las mediaciones que hasta entonces realizaban los equipos psicosociales de los Juzgados.

³³ Los autores de este trabajo son los Magistrados Teresa Marín Nájera, Margarita Pérez Salazar y José Luís Utrera Gutiérrez

³⁴ Cada una de las experiencias se refleja en concreto en Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación, Estudios de Derecho Judicial, CGPJ, 2007.

confrontación sobre su guarda, o la “habitualidad” de demandas y denuncias entre las partes. Por otra parte, en cuanto a la selección de los casos, nada impide que sea el secretario o bien otros funcionarios los que asuman este trabajo³⁵.

En cuanto al momento de la derivación: en el Protocolo de mayo de 2008 se destaca la flexibilidad en el momento de la derivación, aunque se apunta la conveniencia de realizarla en el primer momento posible: los asuntos pueden derivarse a mediación tanto en el proceso declarativo como en el de ejecución, en un primer momento, tras la contestación a la demanda, comunicando al mismo tiempo a las partes el día de la vista y la citación a sesión informativa, que se realizará en un momento anterior, o en la comparecencia para medidas provisionales o en el auto de medidas provisionales. En la fase de ejecución, la derivación dependerá

En cuanto a quién, en el Protocolo se remarca la conveniencia de que el Juez (o el Secretario en las comparecencias de inventario o liquidación de bienes), promueva la mediación, realizando recomendaciones a las partes y recabando la colaboración de los abogados para que sus clientes acudan a la primera sesión informativa.

Para ilustrar sobre cómo derivar a la sesión informativa, en el Protocolo de 2008 se apunta la posibilidad de hacerlo de forma oral a las partes en la vista correspondiente o bien a través de una Resolución formal, lo que también se hará cuando las partes accedan someterse a la sesión informativa.

Existen así dos momentos determinantes para la derivación a la mediación: un primer momento en el que el Tribunal invita a las partes a acudir a una sesión informativa, a lo que se pueden negar, y un segundo momento, tras la primera sesión o sesión informativa, en la que van a decidir si inician el procedimiento de mediación.

La sesión informativa o primera sesión correrá a cargo del profesional de la mediación, y se ilustrará a las partes sobre lo que es la mediación -lo que no impide que con anterioridad se les haya informado sobre ello por el Tribunal- y se recabará su acuerdo para seguir con la mediación.

2.3.d) Conclusiones sobre la derivación

Del proyecto piloto sobre mediación familiar llevado a cabo por el CGPJ en las cinco ciudades españolas citadas, podemos sacar en conclusión que la mediación familiar intrajudicial tiene más posibilidades de prosperar cuando existen en las instalaciones del Juzgado de familia espacios específicos para que los mediadores puedan ofrecer la sesión informativa en el momento, y que tiene más éxito cuando el Juez realiza una labor de comunicación a las partes animándolas a acudir a la mediación.

³⁵ BUTTS GRIGGS, Respuestas... apunta que no se trata de una labor que exija el trabajo del Juez.

Se ha planteado que el bajo índice de aceptación a la remisión a la mediación o que las partes que aceptan no lleguen en su mayoría a un acuerdo es un fracaso del proyecto, sin embargo considero contrariamente que todas las experiencias son positivas, pues en primer lugar se ha realizado una labor que tiene gran trascendencia en la vida de las familias que recondujeron su conflicto, en segundo lugar, se han abierto vías de comunicación en parejas que han aceptado y que no han aceptado acudir a mediación, y, en tercer lugar, se ha avanzado en la idea de la existencia de métodos alternativos de resolución de conflictos respecto de los justiciables y todos los operadores jurídicos que han tenido contacto con la experiencia.

Es verdad que el éxito de una mediación en un momento de alta confrontación como es el previo a una vista, o tras la demanda, sólo puede ser remoto, dada la actitud de las partes y sus defensas, y que posiblemente otros momentos sean más adecuados, como los momentos previos o preparatorios del proceso, en manos de los abogados.

El éxito de la mediación a efectos numéricos dependerá entonces de la aproximación que los abogados hagan al conflicto, de su conocimiento de la institución de la mediación y de la capacidad y voluntad de éstos de derivar los asuntos a mediación.

Quedará pendiente por lo tanto la realización de protocolos o buenas prácticas sencillos que recojan cuándo, quién y cómo ha de hacerse la derivación a mediación familiar para consumo interno de los Juzgados y Tribunales que sigan unas líneas generales a nivel nacional y que puedan adaptarse a las especificidades de cada región o incluso Partido Judicial, así como para Fiscales (posiblemente a través de normas internas como circulares o instrucciones), y, sobre todo, Abogados.

En cuanto a la derivación en asuntos civiles y mercantiles, la misma labor habrá de realizarse, si bien habrá de tenerse en cuenta la gran diferencia de la materia de conflicto, que simplificará los procedimientos de derivación y las necesidades materiales en la mediación, que podrían incluso permitir una mediación telemática (telefónica, por email...) dependiendo de la sencillez del asunto.

Es evidente la trascendencia de la Abogacía en el éxito de la mediación, de la intrajudicial, pero sobre todo, de la mediación privada: así lo adelanta la Directiva de mayo de 2008, en la que se dispone en el Considerando 25 que *“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.”

3. Cuestiones pendientes en mediación en el ámbito civil: la Directiva de mayo de 2008

La esperada Directiva 2008/517CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo sobre ciertos aspectos de la mediación asuntos civiles y mercantiles fue publicada el 25 de mayo de 2008, tras casi cuatro años de tramitación.

La Directiva supone uno de los mayores esfuerzos de la Unión Europea en cristalizar política de reforzamiento de los métodos alternativos de resolución de conflictos en los países de la UE establecida a raíz del Consejo Europeo de Tampere de 1999 como parte del derecho de acceso a los Tribunales, y que ha venido recogiendo en el Consejo de 2000 y en documentos como el proyecto de Constitución Europea o el Convenio de Lisboa.

Otras iniciativas legislativas que comulgan con la idea de la promoción de las formas alternativas de resolución de las disputas, pueden ser las que han culminado en la creación de la Red Judicial Europea, en el Reglamento de Bruselas II bis, la creación de la red FINNET, o la Directiva de 2003 sobre asistencia jurídica.

Por otra parte, sin formar parte del acervo de la UE, la Comisión ha favorecido que entidades privadas realicen un Código de Conducta Europeo, al que se podrán adherir diferentes entidades de los Estados.

El libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito civil y mercantil fue la base sobre la que surgió la Directiva, cuyo objeto era más ambicioso que el resultado finalmente aprobado³⁶: la Directiva se refiere únicamente a conflictos transnacionales, aunque también se indica que nada impide que los Estados al trasponerla realicen una legislación comprensiva de la mediación a nivel interno (Considerando 8 de la Directiva).

El objeto de conflicto de la Directiva es el civil y mercantil, con exclusión expresa en el artículo 1 de asuntos fiscales, aduaneros, administrativos y sobre responsabilidad del Estado: “*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).*”

En el Considerando 10 se señala que precisamente “*no debe 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*”, lo que permitirá que cada Estado establezca su aplicabilidad, es decir, que la Directiva no está enfocada en principio a la mediación en materias que no son de libre disposición de las partes, si bien ello no impide que los Estados realicen la misma normativa para asuntos civiles que para familia o el ámbito laboral al trasponer la Directiva.

En este sentido, se realiza en el Considerando 21 referencia al Reglamento de Bruselas II bis, en el que se establecía eficacia a los acuerdos en materia de familia, señalándose que la

³⁶ La falta de visión común de una institución tan nueva para la mentalidad continental como la mediación ha provocado la dificultad de la consecución de un texto común, que finalmente ha sido de mínimos, y que queda reflejada en el gran número de considerandos de la Directiva.

Directiva no se extiende a imponer a los Estados la obligación de dar fuerza ejecutiva a los acuerdos de mediación en el ámbito familiar: “*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.*”

La Directiva de 2008 exige a los Estados miembros que adecuen sus legislaciones en el sentido de que favorezcan el uso de la mediación privada (artículo 9 y Considerando 25³⁷) y de la conectada con el Tribunal, en la que los jueces podrán pedir a las partes que acudan a una sesión informativa, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2 y el 5.

La Directiva se refiere principalmente a la mediación conectada con los Tribunales, ya sea porque la derivación se haga desde el Tribunal, o porque las normas del Estado establezcan la necesidad de acudir a la mediación como requisito de procedibilidad (art. 2), aunque, como ya hemos señalado, también existen disposiciones que alientan a los Estados a fomentar el recurso a la mediación de forma privada.

La ejecutividad que aborda la Directiva es un tanto “flexible”: se otorga un importante margen de discrecionalidad a los legisladores estatales, ya que se establece la obligación de los Estados miembros de dotar de ejecutividad a los acuerdos de mediación a instancia de las partes, si bien se salva la posibilidad de que el Estado al que se solicite no contemple su carácter ejecutivo, y no se considera aplicable la Directiva al reconocimiento de acuerdos ejecutivos por otro Estado. La ejecutividad podrá atribuirse a través de resoluciones judiciales o incluso de otros órganos.

Por último, la Directiva establece que los Estados garantizarán el eventual acceso a la jurisdicción de las partes que entablan un procedimiento de mediación en relación con los plazos de caducidad de las acciones y prescripción de los derechos.

4. Conclusiones.

Respecto de la visión de las ADR y la mediación

³⁷ “*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*”

La crisis del modelo o del mito de la justicia³⁸ (como modelo, por saturación de los tribunales, por insatisfacción de los usuarios...) apunta a la necesidad de acudir a formas alternativas de resolución de las disputas.

Otros países como Estados Unidos, ante una situación análoga en los años 70, recurrieron a otras formas de resolución de conflictos³⁹.

Es conveniente analizar diferentes posibilidades de resolución alternativa, sobre todo teniendo en cuenta las diferentes necesidades en razón de la materia del litigio y de los medios disponibles.

La propia Administración debe promover formas de resolución de conflicto con los administrados en los que el administrado se sienta escuchado y exista una auténtica voluntad de resolución del conflicto igualando el poder de las partes.

Deben promoverse formas alternativas de resolución de conflictos en determinados ámbitos en los que la especial materia exija una especialización, por ejemplo, el informe de experto vinculante o no vinculante.

Los Tribunales de Justicia deberían favorecer la existencia de distintas formas de resolución de conflictos para cada materia en su ámbito de competencia: por ejemplo, derivación a mediación, derivación a arbitraje, derivación a informe experto, derivación a abogado negociador...

Respecto de la derivación

La propia judicatura debe procurar el conocimiento de la institución de la mediación por Jueces y Magistrados para que confíen en ella y estén preparados para realizar la derivación, fomentando por otro lado el autoestablecimiento de limitaciones o buenas prácticas respecto de funciones como la conciliadora, que puede ser vivida por los ciudadanos como coactiva⁴⁰.

El establecimiento de protocolos de derivación claros y sencillos de los asuntos a mediación, consensuados con abogacía y los servicios sociales de mediación y aplicables para cada ámbito territorial en el que surja la necesidad.

La mediación puede ser una de las formas alternativas de resolución de conflictos que aporten más a la sociedad.

³⁸ ORTUÑO y HERNÁNDEZ, *Sistemas alternativos...*, cit., pág. 16, se refieren al modelo napoleónico en el que se ha transmitido a la sociedad que el único medio de resolver el conflicto es acudir a los Tribunales.

³⁹ En los años 70, a raíz de la conferencia del profesor SANDER (*Varieties in dispute processing*) en la que defendía la diversificación de modos alternativos de resolución de conflicto vinculados con el Tribunal (*Multi-door courthouse*), y de la actividad del Magistrado del Tribunal Supremo Warren Burger, se produjo el llamado “big bang” de las ADR en Estados Unidos. Vid. MENKEL MEADOW, *Roots and inspirations: a brief history of the Foundations...* cit.

⁴⁰ Señala ORTUÑO, ZAPATERO Y SÁEZ, en las conclusiones al curso “Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación”, que aunque algunos propugnen la práctica de la conciliación judicial, la experiencia no es positiva, pues además de que el juez pueda no tener habilidades negociadoras, su función puede quedar comprometida, pues el riesgo de prejuzgar es muy alto, y, por otro lado, estas actuaciones son vividas por los ciudadanos como injustas coacciones.

En el ámbito del conflicto familiar, probablemente sea una de las formas de resolución más adecuadas, si bien los ciudadanos la desconocen⁴¹

Además de la derivación a mediación cuando un asunto sea susceptible de ser mediado, puede ser positivo supeditar la admisión de la demanda –salvo para casos de violencia- en casos de familia con hijos menores a la presentación junto con la demanda del documento firmado por un mediador que refleje el intento de mediación por parte del demandante, lo que facilitaría el acceso a la mediación en general y remarcaría la privacidad del procedimiento, el control de éste por las partes y su independencia respecto del proceso principal. Como consecuencia al incumplimiento de alguna de las partes, podría imponerse una multa o la imposición de parte de las costas, a discreción del juzgador⁴².

Respecto de la trasposición de la Directiva de mayo de 2008

Teniendo en cuenta que el legislador habrá de trasponer la Directiva antes de 2011, se presenta una oportunidad para impulsar el uso de la mediación y otras ADR a través de una normativa y políticas específicas de las Administraciones.

Es positivo regular la mediación, si bien intentando no limitar sus posibilidades ni impedir su necesaria flexibilidad para adaptarse a las necesidades de las partes, del conflicto y los medios existentes.

Se abre en la actualidad una importante posibilidad de implantación de la mediación en conflictos civiles y mercantiles, que no tiene por qué seguir la misma estructura que la mediación familiar:

-Para la mediación civil y mercantil no es tan conveniente la comediación como lo es para el ámbito familiar

-La mediación civil y mercantil puede darse incluso a través de medios telemáticos, que han de favorecerse

-La mediación civil y mercantil puede tener una duración breve dependiendo de la complejidad del caso

-En la mediación civil y mercantil los abogados de las partes, de haber, deben participar en la mediación

-La preparación de los mediadores en el ámbito civil y mercantil no debe ser necesariamente tan extensa como la de los mediadores familiares.

El legislador español, al trasponer la Directiva, debe emanar una ley sencilla, que mantenga y respete la flexibilidad de la que la mediación debe contar para que sea exitosa, y que contenga así los mínimos establecidos en la Directiva relativos a:

⁴¹ HINOJAL, El abogado en la mediación familiar, CEJ, 2007, se refiere a la oferta que supera a la demanda en cuanto a mediación familiar no vinculada con los Tribunales, y que es necesaria una labor de difusión.

⁴² Vid. ORTUÑO y HERNÁNDEZ, Alternativas..., cit.

-la definición de mediación de la Directiva

-el objeto de la Directiva, ampliándolo a toda mediación relacionada con el Tribunal y a toda mediación voluntaria en todas las materias dispositivas, excluyéndose el ámbito penal.

-las características del mediador (imparcialidad, obligación de confidencialidad, exclusión del juez competente)

-las medidas relativas a interrupción de los plazos

-la ejecutividad de los acuerdos a través de resolución judicial en cuestiones no dispositivas (familia) y a través de otros medios en cuestiones dispositivas como la fe del notario o de otros funcionarios.

Por otra parte, ha de tenerse en cuenta que la mediación en el ámbito penal, en el que el principio de disposición se encuentra limitado a los ilícitos privados y algunos semipúblicos, debe regirse por otra normativa diversa a la de las cuestiones de derecho dispositivo, pues está inspirada e informada por otros principios. Únicamente los deberes del mediador pueden considerarse comunes.

Al Estado y distintas Administraciones e Instituciones quedará una importante labor de promoción de los métodos alternativos de resolución de conflictos, haciendo conocer a la ciudadanía su existencia y conveniencia, garantizando la preparación de los mediadores y, sobre todo, la consecución de la colaboración de la Abogacía en la confrontación de los conflictos.

BIBLIOGRAFÍA

BOUCHARD, Marco, La mediation en Europe, Synthèse, GEMME,

BUTTS GRIGGS, Thelma, Manual para la Mediación Laboral, con MUNDUATE, MARTÍNEZ y MEDINA, Consejo Andaluz de Relaciones laborales, 2008

-Respuestas al cuestionario del CEJ sobre mediación, Madrid, febrero de 2008

GALEOTE MUÑOZ, La necesidad de un método profesional de mediación: la importancia de la interención del abogado en este proceso, Instituto de Empresa Working Paper Derecho, 15/04/2005, 22 págs.

GIMENO SENDRA, Fundamentos del Derecho Procesal: Jurisdicción, Acción y Proceso, Civitas, 1981

HINOJAL, Silvia: El abogado en la mediación familiar, CEJ, 2007

MARTÍN NÁJERA, M^a. Teresa, PÉREZ SALAZAR, Margarita y UTRERA GUTIÉRREZ, José Luís, Protocolo del CGPJ 2008

- Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación, ORTUÑO (dir.), Estudios de Derecho Judicial, CGPJ, 2006

MENKEL-MEADOW, Dispute resolution: Beyond the Adversarial Model, Nueva York (EEUU): 2005, pág. 265

-Roots and inspirations: a brief history of the Foundations of Dispute REsolution, en Handbook of dispute resolution, BORDONE y MOFFIT dir.

MORENO CATENA, CORTES DOMINGUEZ y GIMENO SENDRA, Introducción al Derecho Procesal, Colex, 2000.

MORENO CATENA y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Introducción al Derecho Procesal, Tirant lo Blanch, 2005, pág. 41.

ORTUÑO MUÑOZ, José Pascual y HERNÁNDEZ GARCÍA, Javier: Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR): la mediación en las jurisdicciones civil y penal, Documento de trabajo 110/2007, Fundación alternativas,

ORTUÑO (dir.) Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación, Estudios de Derecho Judicial, CGPJ, 2006.

ORTUÑO, ZAPATERO Y SÁEZ, Conclusiones al curso “Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación, en Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación, Estudios de Derecho Judicial, CGPJ, 2006

RISKIN, The new old grid and the new new grid system, Notre Dame Law Review, 79,1.

SANDER, GOLDBERG, ROGERS y COLE, Dispute resolution: Negotiation, Mediation and Other Processes, Aspen, 2003, 790 págs.

SOLETO MUÑOZ, La mediación en el ámbito laboral, en Mediación y solución de conflictos: habilidades para una necesidad emergente, Tecnos, 2007.

- La mediación en el ámbito de la ruptura familiar, en Familia, matrimonio y divorcio en los albores del siglo XXI, UNED, 2005

-El interés público en el proceso de familia, Revista de Derecho de Familia, Lex Nova, nº. 18, 2003

-Las medidas provisionales en los procesos de familia, Tirant lo Blanch, 2002

VALL RIUS, La experiencia de la mediación familiar en Cataluña, en Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación, Estudios de Derecho Judicial, 2006

WISSLER, R.L., .The effects of mandatory mediation: empirical research on the experience of small claims and common pleas courts, Willamette Law Review, 1997, 33, 565-579.

WIWEN-NILSSON, Tore; Comercial dispute settlement: issues for the future

Center for Public Resources, The ABC's of ADR

Guia de la Asociación Americana de Abogados (American Bar Association)
<http://www.utexas.edu/law/academics/centers/cppdr/resources/ABA%20Guide%20to%20DR%20Processes.doc>

Rapport d'Information sur la médiation en Europe, Asssemblée nationale, 13 de febrero de 2007, presentado por FLOCH, Jacques.

ANÁLISE CRÍTICA DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA ORALIDADE

BIANCA DE OLIVEIRA FARIAS

Mestre em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Professora de Direito Processual Civil da Universidade Federal Fluminense. Advogada.

1- Introdução e delimitação do tema:

Vivemos, atualmente, no denominado Estado Democrático de Direito, nos termos do artigo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil. Ainda que possuidor de imperfeições, este sistema consagra a dialética e destaca conceitos e valores fundamentais em nossa sociedade, tais como o princípio da igualdade e a tutela das liberdades de culto e de expressão nas suas mais variadas formas.¹

Como é cediço, o Estado, no exercício de sua soberania, desempenha, basicamente três funções: administrativa, legislativa e jurisdicional². A última, também denominada de jurisdição, guarda estreita pertinência com o tema ora estudado. Diversas são as conceituações atribuídas a essa função no intuito de melhor defini-la. Assim, Chiovenda define a jurisdição como:

“função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva”.³

Outra importante definição⁴ é apontada por Carnelutti, que assim se expressa: *“a jurisdição é a função de busca da justa composição da lide”*.⁵

¹ Não temos por objetivo, no presente trabalho, traçar um estudo mais aprofundado acerca do Estado, sua organização, evolução e princípios fundamentais. Para este fim, veja-se BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade, Para uma teoria geral da política*, 7ª edição, São Paulo: Ed. Paz e Terra, 1999, bem como, DALLARI, Dalmo de Abreu, *Elementos de Teoria Geral do Estado*, 18ª edição, São Paulo: Saraiva, 1994 e BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*, 3ª edição, São Paulo: Saraiva, 1999.

² Para análise mais detalhada acerca das três funções supracitadas, confira-se: CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 5ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

³ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. II, trad. Bras. de J. Guimarães Menegale, 3ª edição, São Paulo: Saraiva, 1969, página 3.

⁴ Em que pese a existência, em sede doutrinária, de inúmeras outras definições de jurisdição, tais como as apresentadas por Ugo Rocco, Jaime Guasp Delgado e Afranio Silva Jardim, nos eximiremos de citá-las e examiná-las, posto que esse não é o escopo do presente trabalho. Para análise da conceituação de jurisdição apresentada pelos autores mencionados, veja-se: DELGADO, Jaime Guasp. *La Pretensión Procesal*, 2ª edição, Madri: Civitas, 1985, página 91, bem como: JARDIM, Afranio Silva. *Direito Processual Penal*, 4ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1992, página 10 e, por fim, ROCCO, Ugo. *Derecho Procesal Civil*, trad. esp. de Felipe de J. Tena, versão apresentada por Alexandre Freitas Câmara, México: Porrúa, 1939, página 29.

⁵ CARNELUTTI, Francesco. *Estudios de Derecho Procesal*, vol. II, trad. esp. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires: EJE, 1952, página 62.

A doutrina brasileira, em sua maioria, mescla as definições de jurisdição apresentadas pelos dois juristas supramencionados. Em que pese a opinião de doutrinadores de renome, como Ada Pellegrini Grinover, Vicente Greco Filho, Moacyr Amaral Santos e Humberto Theodoro Júnior⁶, pensamos que as definições referidas não se complementam, mas, ao contrário, são antagônicas, posto que denotam concepções diferentes do ordenamento jurídico. A primeira de natureza constitutiva e a segunda declaratória.

Ao invocar para si o monopólio da função jurisdicional, visou o Estado coibir a chamada “justiça de mãos-próprias”.⁷ Mas, nem sempre foi assim⁸.

Em primeiro momento, vigorou a chamada autodefesa ou autotutela. Era a época da vingança privada, da justiça de mãos-próprias. Não havia um juiz distinto das partes e ocorria a imposição da decisão por uma das partes à outra.

Parece evidente a incompatibilidade desse sistema com os postulados do Estado Democrático de Direito, onde o bem-estar social e os interesses da coletividade devem, invariavelmente, estar sobrepostos ao interesse e à tutela dos interesses individuais. Dessa forma, apenas em caráter excepcional continuamos a admitir a autotutela como forma de composição dos litígios, o que se dá quando ocorrem casos de legítima defesa e do chamado desforço possessório.

Momento seguinte, passa a ser adotada a autocomposição como forma de solução de litígios. Buscava-se, por meio desta, a solução dos conflitos por meio da desistência, renúncia ou transação. Sem dúvida, tal método é infinitamente superior ao anteriormente adotado, de caráter marcadamente desagregador e plenamente incompatível com os preceitos orientadores da vida em sociedade.

Contudo, não obstante a evolução ocorrida, problemas continuavam a existir. Isto porque, a parcialidade continuava a caracterizar as decisões e o que freqüentemente se observava era o predomínio do mais forte em conseqüente detrimento do hipossuficiente. É a partir daí, que se percebe a necessidade de atribuir-se o poder decisório a um agente equidistante das partes, capaz de conferir ao caso concreto a justa decisão, posto que dotado da devida neutralidade. Transfere-se, então, ao Estado o exercício da função jurisdicional.

Acreditava-se que, com tal atitude, todos os problemas relativos à solução dos litígios estariam definitivamente resolvidos, pois os agentes estatais se incumbiriam de aplicar a lei aos casos concretos com imparcialidade sem, contudo, perceber-se que, nem os diplomas legais eram capazes de prever soluções para todos os problemas porventura existentes, nem tampouco possuíam tais agentes os instrumentos processuais necessários para conferir às lides a rápida e justa solução que se reclamava. Tais limitações culminam no panorama que hoje se vislumbra em que o Estado, e

⁶ Conferir, por todos, GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*, vol. I, 11ª edição, São Paulo: Saraiva, 1995, página 167.

⁷ Hodiernamente, o exercício da chamada vingança privada, ainda que legítima, constitui crime tipificado no artigo 345, do Código Penal.

⁸ Para estudo aprofundado do tema, confira-se: ALVIM, José Eduardo Carreira. *Elementos de Teoria Geral do Processo*, 6ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1997, p.10 e seguintes e GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos de Araujo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*, 14ª edição, São Paulo: Malheiros, 1998, p.20 e seguintes.

conseqüentemente a função jurisdicional, vêm sendo muito criticados. A globalização, que muitos pensavam ser o prenúncio de imenso progresso, a constante opressão de classes menos favorecidas e a constante diminuição dos direitos trabalhistas contribuem para aumentar a crise instalada.

Logicamente, há um nítido reflexo dessa situação na prestação jurisdicional, que se torna morosa e comprometida com ideais outros que não os da justiça social.

Dessa análise, pode-se inferir que o processo, enquanto instrumento de atuação estatal da administração da justiça, também está em crise. O professor Leonardo Greco, irretocavelmente assim se manifesta:

“Se o Estado e a Justiça estão em crise, conseqüentemente o Processo, como instrumento de solução de conflitos e de administração estatal de interesses privados, também reflete essa mesma insatisfação, pois o sistema jurídico e os ordenamentos positivos, engendrados pela sua teoria geral em mais de cem anos, tornaram-se incapazes de atender às exigências de rapidez e eficiência na entrega da prestação jurisdicional e de instaurar um verdadeiro diálogo humano capaz de satisfazer às aspirações democráticas infundidas na consciência jurídica dos cidadãos do nosso tempo”.⁹

Nesse diapasão, surge a necessidade dos juristas repensarem os fundamentos constitutivos do processo na tentativa de atribuir aos princípios processuais novos valores capazes de lhes assegurar plena eficácia e, por conseguinte, melhorar a qualidade da prestação jurisdicional.

Feito esse breve intróito passo à delimitação do tema.

O presente trabalho pretende tratar dos princípios do contraditório e da oralidade destacando a relevância de sua correta aplicação para a obtenção de uma prestação jurisdicional mais eficiente.

Introduziremos na abordagem questão acerca das matérias que podem ser conhecidas de ofício pelo juiz tecendo críticas ao conservadorismo que por vezes se manifesta no nosso sistema e também em sistemas alienígenas. Criticaremos, também, a subutilização desses princípios, mormente ao princípio da oralidade, sem qualquer aplicação no direito brasileiro no bojo de processos de execução e em grau recursal.

Conferimos maior destaque aos aspectos que nos parecem, até mesmo pelo caráter polêmico que possuem, mais relevantes.

Por fim, destacamos que o estudo dos princípios do contraditório e da oralidade será feito tomando-se por base o tratamento conferido pelo direito brasileiro e italiano à matéria.

A escolha justifica-se frente aos inúmeros trabalhos desenvolvidos em ambos os países em torno do tema, o que denota a grande relevância dada ao assunto nos citados sistemas.

⁹ GRECO, Leonardo. *O Processo de Execução*, vol.I, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.3.

2- Considerações acerca do princípio da bilateralidade da audiência ou do contraditório:

Os princípios processuais constituem um conjunto de idéias, inter-relacionadas e interdependentes, que expressam a visão que um povo, como comunidade jurídica, tem do processo.

Sob esse aspecto, foi muito feliz a Constituição brasileira de 1988, de que se extraem, como princípios fundamentais do processo, o da inafastabilidade do Poder Judiciário, do juiz natural, da imparcialidade, da ação, do contraditório, da publicidade, da licitude das provas, da persuasão racional, do devido processo legal, da representação por advogado e do controle hierárquico.

A Carta Magna contemplou as *garantias do contraditório e da ampla defesa* num só dispositivo (art. 5º, inciso LV), sem restringi-las ao processo judicial, daí porque aplica-se aos processos de qualquer natureza (judicial ou administrativo).

O processo deve assegurar igualdade de oportunidades para as partes se manifestarem na audiência.

Como ensina o festejado professor Vicente Greco Filho, o contraditório se efetiva na medida em que atende aos seguintes elementos:

- 1) o conhecimento da demanda por meio de ato formal de citação;
- 2) a oportunidade, em prazo razoável, de se contrariar o pedido inicial;
- 3) a oportunidade de produzir prova e se manifestar sobre a prova produzida pelo adversário;
- 4) a oportunidade de estar presente a todos os atos processuais orais, fazendo consignar as observações que desejar;
- 5) a oportunidade de recorrer da decisão desfavorável.

Vê-se que o contraditório assegura a oportunidade de participação ativa do réu em sua defesa. Se a parte abre mão dessa garantia legal, por inércia ou omissão, sofre as consequências dessa decisão.

Pode-se dizer que o contraditório, como decorrência do princípio da paridade das partes, significa dar as mesmas oportunidades para as partes, como criado no direito alemão *Chancengleichheit*, e também os mesmos instrumentos processuais (*Waffengleichheit*), o que exige uma vigilância constante do juiz sobre os processos.

Porém ressalte-se que essa igualdade de armas não significa paridade absoluta, mas sim na medida em que as partes estiverem diante da mesma realidade em igualdade de situações processuais.

Podemos encontrar expressões do princípio do contraditório no Código de Processo Civil, entre outros, os dispositivos relativos à citação e resposta do réu, o dever do juiz de assegurar a igualdade das partes (artigo 125, I), as normas relativas à participação e conhecimento das partes quanto às provas etc.

Destaque-se que, quanto aos elementos elencados pelo professor Greco, os itens 1) e 3) atendem ao princípio da ampla defesa assegurado ao réu pelo legislador pátrio e o item 4) nos remete ao princípio da oralidade.

Esses dois princípios também regem a audiência e somam-se a um outro, não de menos importância, o princípio da publicidade.

Conclui-se, portanto, que o contraditório no processo civil tem o significado da bilateralidade da audiência, isto é, implica possibilitar-se às partes que, em todas as fases do procedimento, possam se fazer ouvir.

Compete-nos destacar que o contraditório deve existir em qualquer espécie de processo, até mesmo nos processos de execução¹⁰, onde o administrador age pautado em um juízo de conveniência e oportunidade, posição que se coaduna com o Estado de Direito Contemporâneo.¹¹ Nesse novo Estado de Direito, nenhuma decisão de qualquer autoridade pública, que possa atingir a esfera de interesses de algum particular, deve ser adotada sem que tenha sido antecedida da garantia ao interessado da ampla oportunidade de influir eficazmente na sua elaboração. Esse é o princípio da participação democrática ou da democracia participativa, que rege as relações entre o Estado e os cidadãos nas atividades de todos os poderes do Estado e que tem como seu instrumento no processo judicial o princípio do contraditório.

O contraditório, como expressão do princípio da participação democrática e reflexo da dignidade humana no processo, não deve sofrer qualquer limitação no processo de execução para que o patrimônio do devedor não seja atingido mais do que é devido.¹²

Entretanto, até chegarmos a esse moderno conceito de contraditório, algumas etapas precisaram ser vencidas. Num primeiro momento, onde vigorava o jusnaturalismo, não havia jurisdição sem contraditório. Este era considerado um princípio da razão natural.

Em um segundo momento, o contraditório experimenta significativa desvalorização que começa com o advento da Primeira Guerra Mundial. Nesse período, o contraditório passa a ser tido como uma categoria acidental do processo.

Em uma terceira etapa evolutiva, que se inicia após a Segunda Guerra Mundial, há a revalorização do contraditório e busca-se o resgate de sua idéia clássica por meio de uma nova compreensão do acesso à justiça. É exatamente nesse momento que o contraditório é elevado à garantia

¹⁰ No Brasil, ainda hoje, o contraditório não tem lugar amplo na execução, ao contrário do que acontece em sistemas legais como os da Itália, Alemanha e França.

¹¹ Esse entendimento não é acatado por toda a doutrina. Há que sustente que no processo de execução não há mais equilíbrio entre as partes, razão pela qual também não há contraditório. Vide por todos LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*, Saraiva, São Paulo, 1980, 4ª edição, p.44.

¹² Nesse sentido, veja-se GRECO, Leonardo, op. cit, volume I, Renovar, 1999, Rio de Janeiro, pp.267 e 268.

constitucional e desenvolve-se a idéia de que na sentença não deve ter eficácia o que o juiz não construiu com a colaboração das partes.¹³

A partir daí a doutrina passa a sustentar que toda atividade do juiz que colabora para a formação da sua opinião deve ser feita com a participação dos interessados devendo os mesmos atuar durante toda a colheita de provas. Isso porque, a atividade cognitiva não acontece só na sentença, mas em todas as etapas de desenvolvimento do processo¹⁴.

Importante ressaltar-se que o contraditório, de acordo com a moderna concepção que lhe é atribuída, não implica apenas num diálogo entre as partes mas entre estas e o juiz devendo tal diálogo ter o condão de influenciar na formação do convencimento do magistrado.

Surge, assim, o contraditório como expressão do diálogo humano, como vínculo de solidariedade capaz de formar uma ponte de ouro apta a superar o abismo existente entre as partes e o juiz. Em outras palavras, a oralidade constitui, indubitavelmente, pressuposto do contraditório participativo.

Ademais, convém destacarmos que o contraditório amplo é sempre prévio, o contraditório *a posteriori* é apenas uma sombra, uma mistificação do verdadeiro contraditório, só devendo ocorrer quando for inevitável frente a uma ponderação de valores.

Encerrando essa parte de nosso trabalho, acrescentamos que o contraditório participativo tem inegável efeito na teoria da coisa julgada. É preciso repensarmos esse instituto a fim de garantirmos aos terceiros que vierem a sofrer os efeitos da sentença, meios de buscar, através do contraditório, a tutela dos seus direitos. Em síntese, o contraditório participativo nos obriga a fazer uma reflexão crítica acerca de todo o ordenamento processual em face dos efeitos que produz.

3- *Sucinta análise do princípio da oralidade:*

De acordo com o princípio da oralidade, como ensina Chiovenda¹⁵ (principal defensor do processo oral), "as deduções das partes devem normalmente fazer-se a viva voz na audiência, isto é, no momento e lugar em que o juiz se assenta para ouvir as partes e dirigir a marcha da causa".

Em sentido oposto à oralidade, coloca-se o chamado "princípio da escritura ou da documentação", de acordo com o qual todos os atos processuais são documentados. Neste sistema, inclusive os depoimentos orais (das partes e das testemunhas) e os debates orais ficam registrados em termos escritos.

¹³ Para melhor estudo da evolução do contraditório ao longo da história, veja-se PICARDI, Nicola, *Il Principio del Contradditorio* in Rivista di Diritto Processuale, ano LIII, CEDAM, Padova, págs. 673/681.

¹⁴ Nesse sentido, veja-se TROCKER, Nicòlo, *Processo Civile e Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1974, págs. 367/383 e 384/422.

¹⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *O Valor Atual do Princípio da Oralidade*, in Revista Jurídica, nº 297, julho de 2002, p. 12-18.

No Brasil, nota-se que o nosso modelo processual mais se aproxima do sistema da escritura, embora não se possa dizer que o seja o mesmo adotado com exclusividade, tanto que nos julgamentos de segunda instância não são transcritos os termos dos debates orais.

Além disso, no Juizado Especial adota-se um procedimento que atende em grande parte o sistema da oralidade.

Não obstante, é hoje difícil conceber um processo oral que não admita em certo grau a escrita, daí falar-se num sistema “misto”, que conjuga a oralidade com o “princípio da escritura”. Ambos os sistemas (da escritura e da oralidade) apresentam vantagens. A predominância de um sistema ou de outro varia conforme o contexto histórico e cultural do país analisado.

Assim, o que hoje verificamos no contexto dos processos anglo-americanos, é a predominância da oralidade por força do chamado *discovery* (fase procedimental em que as partes dedicam-se á busca e reunião de provas) e do *trial* (onde o júri, a fim de analisar e decidir a causa precisa realizar uma cognição imediata). Em face dessa sistemática, o processo precisa ser concentrado no menor número de audiências possível devendo as mesmas serem realizadas num mínimo espaço de tempo.

Também não é diferente a condução processual realizada em países como a Suécia e a Áustria onde processos cíveis duram em média um mês, tornando incontestável a celeridade do rito processual, fenômeno atribuído, dentre outros fatores, à adoção do princípio da oralidade.

O princípio da oralidade tem como corolários outros princípios, que precisam ser também observados: o da identidade física do juiz, da publicidade, pois só esta garante respeito àquela, e o da concentração, ou seja, tais princípios atuam interligados no mesmo sistema. O significado da oralidade vai além de sua literalidade, implicando também em amplo diálogo e em concentração. A oralidade socializa o processo, o litígio e constitui importante reação à tarifação das provas.

Em seus aprofundados estudos acerca do tema, Mauro Cappelletti procura responder, essencialmente, a três questões¹⁶:

Como se misturam as questões orais e escritas hoje?

Como ocorreu a evolução histórica do princípio da oralidade?

Quais são as tendências atuais?

Para uma melhor compreensão do princípio da oralidade, podemos tentar sintetizar os pontos identificadores desse sistema, que nos são apresentados por autor suprareferido:

¹⁶ Neste sentido, confira-se CAPPELLETTI, Mauro, *Procedure Orale et Procedure Ecrite*, Giuffrè, Milano, 1971.

a) Prova oral – Cappelletti refere-se à prova testemunhal *lato sensu*, que abrange tanto os depoimentos pessoais (prestados pelas próprias partes), como também os depoimentos de testemunhas, ou seja, depoimentos de terceiros que apresentam uma declaração-narração do fato a provar. Por outro lado, tem-se a prova testemunhal *stricto sensu* que consistiria apenas nos depoimentos das testemunhas (terceiros), com exclusão das pessoas que a lei proíbe de depor¹⁷.

Segundo explica Cappelletti, a prova testemunhal é tida como prova “mediata”, no sentido de que o fato (a provar) é representado mediante um fato (probatório) ulterior, ou seja, mediante a declaração-narração do terceiro ou da parte. Assim, o juiz não realiza uma observação imediata do fato a provar, tampouco julga com base no fato (probatório) representativo do fato a provar, e sim, com base em um fato posterior – quais sejam, os termos em que ficaram registrados os depoimentos, que por sua vez representam o fato representativo. E ninguém duvida dos perigos ínsitos a esse meio de prova, tendo em vista a inexatidão, a incompletude, a distorção, quiçá inconsciente (quando não culposa ou dolosa) da realidade¹⁸.

b) Distinção entre a prova pré-constituída e a prova a ser constituída – Em determinadas ações, notadamente na ação de mandado de segurança, sabe-se que somente se admite a prova pré-constituída, ou seja, a prova documental já existente por ocasião do ajuizamento da ação. Nesta espécie de processo, não se permite a produção de prova oral (não se realizando audiência), justamente porque se trata de remédio processual destinado à proteção do direito líquido e certo, que precisa vir comprovado através de documentos anexados à inicial.

Não obstante, na grande maioria dos processos, essas duas espécies de provas (pré-constituída e a ser constituída) convivem no cenário dos autos, de modo que a prova oral surge aí com grande importância, mormente como prova complementar e que pode muitas vezes decidir a sorte da lide.

c) Direito da parte de ser ouvida pelo julgador – Segundo Cappelletti, é direito da parte ser ouvida pelo juiz, a fim de que possa, a viva voz, levar-lhe os fatos com os quais pretende ver reconhecido o seu direito. Todavia, o depoimento pessoal da parte, em nosso sistema processual, tem sido tratado com uma espécie de prova que somente pode beneficiar a parte contrária, ou seja, quando a parte, ao prestar depoimento, fornece informações que venham beneficiar à parte adversa. Neste particular, adverte Cappelletti que devem-se distinguir duas situações:

a) a *contra se declaratio* (confissão) da parte, ou seja, em seu depoimento pessoal, a parte confessa fatos ou fornece informações favoráveis à parte adversa, situação em que a prova oral tem eficácia probatória vinculante;

¹⁷ CAPPELLETTI, Mauro. *O Valor Atual do Princípio da Oralidade*, in *Revista Jurídica*, nº 297, julho de 2002, p. 12-18.

¹⁸ CAPPELLETTI, Mauro, op. cit., p. 16.

b) a *pro se declaratio* da parte – situação em que a parte, ao depor, relata fatos a seu favor, ou seja, que vêm afirmar o direito por ela alegado, caso em que, de acordo com o sistema processual brasileiro, haverá exclusão da eficácia probatória.

Na visão de Cappelletti, não há razão para se excluir aprioristicamente qualquer valor probatório do depoimento pessoal *pro se declaratio* (mormente nas legislações em que o depoimento é prestado mediante juramento), o qual pode ser levado em conta no conjunto probatório e valorado sob o prudente arbítrio do juiz¹⁹.

c) Dispensa de termos de depoimentos – O sistema da oralidade, aplicado de forma pura, implicaria na dispensa de serem tomados por termo os depoimentos das partes e das testemunhas, podendo-se consignar apenas uma breve síntese do ocorrido no processo.

Em sentido oposto, o processo escrito exige que os depoimentos sejam transcritos integralmente em termos que passam a integrar os autos. E, se aplicado o processo escrito dentro de um rigor mais excessivo ainda, a prova oral sequer é colhida pelo julgador, visto que esse trabalho fica confiado a um “instrutor”, daí porque o juiz, ao examinar os autos para proferir a sentença, limitar-se a ler os termos dos depoimentos.

d) Dispensa de registros escritos dos debates orais – No sistema processual brasileiro, os debates orais, realizados em primeira instância, são transcritos, ainda que resumidamente, na ata da audiência. Já em segunda instância, a palavra dos advogados não fica registrada, constando apenas da ata da sessão da Câmara, o fato de ter sido ou não apresentada a sustentação oral, mas sem transcrição dos termos do discurso.

e) A valoração dos depoimentos prestados perante o julgador. O sistema adotado em nosso país.

Enfim, como se vê, o princípio da oralidade defendido por Chiovenda não encontra eco em nosso regime processual. Tal sistema oral, em seu sentido mais puro, consistiria numa espécie de processo, hoje utópico, em que as partes, seus advogados e testemunhas, compareceriam diante do juiz, quando seria colhida a prova e proferida a sentença. Isto implicaria, necessariamente, na renovação do processo em segunda instância, visto que a prova oral teria que ser repetida diante dos julgadores de segundo grau.

De todo o exposto, constata-se que no ordenamento jurídico de nosso país, tem-se um sistema escrito em que se busca conciliar a forma oral com a escrita, embora prevaleça esta.

Outrossim, note-se que o princípio da oralidade fica sacrificado quando se permite a colheita de prova oral por carta precatória, visto que neste caso, o juiz que ouve as testemunhas não é o mesmo que irá julgar. Sabe-se que o depoimento prestado diretamente ao juiz que irá proferir a decisão é melhor avaliado pelo julgador, que tem a oportunidade de “sentir” de perto as reações da pessoa no momento em que fala, observando a sua firmeza ou as suas indecisões e demais manifestações (choro, por exemplo) que contribuem muito para que o juiz possa melhor firmar a sua convicção.

¹⁹ No sentido do texto, CAPPELLETTI, Mauro, op cit., p. 15.

Mas, enfim, diante de nossa realidade, seria impossível exigir o deslocamento das testemunhas de locais distantes até a sede do juízo onde tramita o processo. Mas, ao menos se deve manter os depoimentos pessoais das partes diante do julgador, em prestígio ao princípio da oralidade.

Isso porque, ainda seguindo os ensinamentos de Cappelletti, não podemos nos esquecer de que a oralidade constitui um instrumento importante não só para resolver o problema da excessiva demora dos processos, mas também para melhorar a qualidade da Justiça civil, dada sua importância, conforme já demonstramos, principalmente no que diz respeito à realização da prova e a formação da convicção do juiz, daí a importância do testemunho da própria parte. Além do mais, a oralidade cria a atmosfera necessária para a atuação da livre convicção, pela singeleza e espontaneidade dos atos de produção das provas, favorecendo a sua apreciação através de uma metodologia concreta e empírico-dedutiva.

É certo que a forma escrita define com mais clareza os elementos individualizadores da demanda, permite a elaboração mais serena e meditada das argumentações jurídicas e documenta os atos relevantes com maior precisão. Entretanto, como ensina o professor Leonardo Greco²⁰, a excelência da oralidade é inigualável no plano da cognição aprofundada e completa sobre os fatos e provas. E é justamente nesse plano, pois a atividade do juiz na execução, por exemplo, é eminentemente prática, que a oralidade é imperiosa. Aliás, nenhum outro ato oferecerá ao juiz elementos de convicção mais seguros e completos para a seleção das providências concretas a serem determinadas no processo de execução do que uma audiência oral, daí porque a oralidade mostra-se como princípio geral do processo, inclusive do processo de execução.

Impende acrescentarmos, que na mesma época em que Cappelletti defendia os posicionamentos supracitados, fora escrita a esplêndida Tese de Cátedra, *La Testimonianza della Parte nel Sistema dell'Oralità* (Contributo alla Teoria della Utilizzazione Probatoria del Sapere delle Parti nel Processo Civile), Milano, Giuffrè, 1962, a que se seguiu *Procédure Orale et Procédure Écrite*, Milano-New York, Giuffrè-Oceana, 1971²¹.

Em síntese, o que hoje se percebe é um crescente aumento da consciência acerca da importância da oralidade para o bom desenvolvimento dos processos, o que vem ocorrendo em países do oriente e do ocidente. Hoje, há três constituições que incluem a oralidade em seus textos, expressamente, como garantia fundamental: a da Áustria, Espanha e Dinamarca.

²⁰ Confirma-se para um estudo mais aprofundado acerca da aplicação do princípio da oralidade ao processo de execução, GRECO, Leonardo, op. cit, pp.300 e 301.

²¹ Para uma análise mais detalhada do tema, vide o relatório geral apresentado ao VIII Congresso Internacional de Direito Comparado, organizado pela Academia Internacional de Direito Comparado, realizado em Pescara, entre 25 de agosto e 5 de setembro de 1970. Sobre o tema, entre outros, ver também: *Interrogatorio della parte e principii fondamentali del processo civile nell'Europa comunista*, Rivista di Diritto Processuale, XIV(1959):39-59; *Efficacia di prove illegittimamente ammesse e comportamento della parte*, Rivista di Diritto Civile, VII-I(1961):556-575; *Giuramento*, in Enciclopedia Forense, vol. III, Milano, Vallardi, 1958, *Il giuramento della parte nel processo litisconsortile*, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, IX-4(1955):1151-1195, *Valore attuale del principio di oralità*, relatório apresentado no II Congresso Latino-americano de Direito Processual (Cidade do México, fevereiro de 1960), Giur. It., CXII-IV(1960):89-95. Ainda no volume *Giustizia e società*, Milano, edizioni di Comunità, 1977: *L'oralità nel processo civile italiano: ideale contro realtà*, p. 130-144.

Contudo, o ideal de oralidade ainda é algo a ser alcançado. É preciso que a oralidade seja instituída e assegurada em todas as instâncias, sendo certo que a mesma nos dias atuais é inexistente em grau recursal, o que constitui grave deficiência.

À guisa de fecho, cumpre-nos destacar que a oralidade não deve ser vista como uma obsessão, como pregava Chiovenda, mas não podemos perder de vista que é um direito potestativo das partes ter um contato direto com o juiz que se torna ainda mais significativo se acobertado pela publicidade.

4- Os princípios do contraditório, da oralidade e da ampla defesa no direito italiano:

Como já demonstramos ao analisar de forma genérica o instituto ora em tela, ao princípio do contraditório não foi dada a correta interpretação e amplitude por parte dos doutrinadores nem tampouco o correto tratamento por parte do legislador. As distorções acerca do contraditório são, contudo, um fenômeno mundial. Na Itália a discussão ganha relevo quando da análise do artigo 183, parágrafo segundo do Código de Processo Civil italiano que prevê que o juiz “indique às partes as questões conhecíveis de ofício de que tenha a oportunidade de tratar”²². Debatem os doutrinadores se a norma estaria trazendo um comando ou um conselho, em outras palavras, se trata-se de um dever do juiz, cuja violação gera a nulidade da decisão ou se trata-se de mera faculdade cujo exercício pertence ao poder discricionário do juiz. A maior parte da doutrina italiana ainda hoje sustenta ser cabível o primeiro entendimento o que retrata a fidelidade a um certo tipo de processo cuja atuação é falha, defeituosa, tanto por parte do legislador que redigiu o dispositivo supracitado quanto, e sobretudo, por parte dos intérpretes das normas vigentes que lhe atribuem esse entendimento.

No referido país, Andrioli ressalta, com amargura, que no fundo da exegese do artigo 183, parágrafo 2º, do Código de Processo Civil Italiano encontravam-se aspirações que, assim como muitas outras a que o Código deu vida não se realizaram e resultaram em meras ilusões.²³

Isso porque, ao interpretarem as normas acerca do contraditório os doutrinadores distorceram-na reconhecendo a necessidade de que o juiz submeta às partes questões de fato que ele poderia conhecer de ofício.

Tal crítica é reafirmada por Grasso que traça um quadro visual do processo em que os estudiosos do direito, ao invés de se reportarem ao critério de igualdade formal entre as partes, na qual realmente se inspira a regra do contraditório prevista no artigo 101 do Código de Processo Civil Italiano²⁴, se

²² Dispõe o artigo 183, parágrafo segundo, do referido *Codex*: “ *Il giudice richiedi alle parti, sulla base dei fatti allegati, i chiarimenti necessari e indica le questioni rilevabili d’ufficio delle quali ritiene opportuna la trattazione*”.

²³ Vide ANDRIOLI, *Commento al codice di proc.civ.*, 2ª edição, Napoli, 1956, p.81.

²⁴ Dispõe o artigo 101 do Código de Processo Civil italiano: “ *Principio del contraddittorio – Il giudice, salvo que la legge dispona altrimenti, non può statuire sopra alcuna domanda, se la parte contro la quale è proposta non è stata regolarmente citata e non è comparsa*”.

reportam ao princípio da colaboração entre o juiz e as partes como “instrumento direto de edificação original do processo”.²⁵

Podemos afirmar, a partir do exposto, que a diretriz enunciada pelo legislador fracassou, como aliás fracassaram quase todas aquelas que visavam a atuação do princípio da oralidade.

Entretanto, parece-nos errôneo afirmar-se que a falta de debate entre as partes sobre questões que podem ser conhecidas de ofício pelo juiz provoque a nulidade da decisão por força da regra que prevê o respeito ao contraditório²⁶. A jurisprudência italiana enfrentou a questão em 1953 e posicionou-se no sentido de que o exercício de apontar às partes questões que poderiam ser conhecidas de ofício pelo magistrado diz respeito à uma faculdade discricionária cuja falta de exercício não enseja qualquer tipo de recurso.

Contudo, os problemas postos pelos intérpretes mais atentos e sensíveis às questões processuais de fundo subsistem como demonstram as experiências de diversos ordenamentos. A existência desses problemas deve-se à limitação interpretativa existente acerca do contraditório. Para resolvê-los é imprescindível que se tenha uma visão mais ampla das relações entre os poderes do juiz e os problemas das partes.

4.1- A limitação das “questões” que podem ser conhecidas de ofício:

Para fazermos considerações mais satisfatórias acerca do problema do contraditório, antes de mais nada, é oportuno esclarecermos o significado do termo “questões” quando se discute o dever do juiz de submeter às partes as questões que poderia conhecer de ofício.

Aqui, dois critérios podem ser adotados²⁷:

- 1) O primeiro pautado na distinção entre questões de fato e questões de direito onde se sustenta que o juiz, em nome do princípio da colaboração, só deveria submeter às partes as questões de fato.
- 2) O segundo critério pauta-se na distinção entre questões simples e prejudiciais.

O direito italiano utiliza esses dois critérios conjuntamente para determinar as questões que efetivamente necessitam da ciência das partes para posterior decisão. Segundo a doutrina italiana²⁸ a distinção entre questões de fato e de direito que para outros fins é importante, apresenta interesse quando se trata de determinar o respectivo âmbito dos poderes do juiz e das partes na busca de material fático que servirá de suporte para a decisão e de estabelecer se a questão conhecível de

²⁵ Nesse sentido, veja-se GRASSO, *La collaborazione nel processo civile*, in Rivista, 1966, pp.591 e 608.

²⁶ Destacamos aqui, que no sistema italiano as nulidades têm que ser cominadas.

²⁷ No sentido do texto, confira-se DENTI, Vittorio, *Questioni Rilevabili d'ufficio e contraddittorio*, Rivista di Diritto Processuale, CEDAM, Padova, 1968, págs. 217/231.

²⁸ Neste sentido vide DENTI, Vittorio, *op. cit.*, in Rivista de Diritto Processuale, p.219.

ofício pelo juiz poderá ser decidida validamente sem que a seu respeito tenham as partes debatido previamente.

É exatamente nesse ponto que surge o cerne da questão de que estamos tratando. Há um determinado grupo de matérias, de questões, que podem se tornar objeto de cognição por iniciativa autônoma do juiz. Nesse contexto enquadrariam-se as questões prejudiciais que são tidas por “questões” a serem conhecidas de ofício não porque formam objeto de litígio, de controvérsia, entre as partes segundo ensinamento tradicional, mas porque são postas e tratadas pelo juiz no exercício de seus poderes como objeto de uma exceção²⁹.

A fim de tornar mais clara nossa exposição, é preciso aprofundarmos um pouco mais a segunda distinção entre questões supracitadas. De fato, a iniciativa do juiz se torna relevante para nossos fins não porque ele conhece, mas porque ele julga uma questão. Isso porque, a garantia do contraditório tipicamente considerada diz respeito à atividade decisória dos órgãos jurisdicionais. Daí porque as “questões conhecíveis de ofício” em relação as quais se coloca a questão do respeito ao contraditório são, por definição as “questões prejudiciais”. O Código de Processo Civil Italiano faz expressa referência às questões prejudiciais como questões passíveis de pronúncia autônoma por parte do magistrado (artigos 187, parágrafos segundo e terceiro) bem como aquelas que devem ser deliberadas previamente quando da prolação da decisão (artigo 276, parágrafo segundo).

Entretanto, a doutrina italiana subdivide as questões prejudiciais suprareferidas em questões prejudiciais processuais e questões prejudiciais de mérito que possuem idoneidade para definir o juízo. As questões prejudiciais de mérito têm autonomia formal em sede de decisão da causa e podem levar ao esgotamento do conteúdo da sentença; corresponderiam às questões preliminares elencadas no artigo 301 do Código de Processo Civil brasileiro.

Em suma, o problema ora estudado é referente à decisão por parte do juiz acerca de questões prejudiciais que pode conhecer de ofício e se põe pela possibilidade de tais questões virem a se tornar objeto autônomo de pronúncia judicial. Trata-se, uma vez mais, de estabelecer-se se o juiz pode decidir uma questão desse tipo quando a mesma não foi debatida pelas partes.

4.2- A correta interpretação do artigo 101 do Código de Processo Civil italiano:

Para solucionar o problema a doutrina italiana prega a ampliação interpretativa da regra do artigo 101 do C.P.C. italiano. Sustentam os estudiosos que não é possível continuar-se atribuindo a referida norma um significado meramente formal, próprio da tradição da oralidade. O fato de, pela concepção tradicional, a regra supracitada garantir a posição de igualdade entre as partes num processo, não é motivo suficiente para se sustentar que esse deva ser, ainda hoje, seu significado e

²⁹ Costuma-se definir exceções em sentido próprio como “aquelas que entram no âmbito dos poderes do juiz e da sua iniciativa de ofício”. Neste sentido, confira-se PUGLIATTI, *Eccezione (teoria generale)*, in Enc. del dir., XIV, Milano, 1965 e DENTI, *L'eccezione nel processo civile*, in Riv. Trim. Dir. e proc. Civ, 1961, p.33.

que num diferente quadro ideológico seja oportuno substituí-la por princípios diversos como, por exemplo, o princípio da colaboração entre o juiz e as partes.

Conforme observado, a iniciativa do juiz e a regra do contraditório não são necessariamente antagônicos entre si porque mesmo que os fundamentos para a decisão possam ter sido adquiridos no exercício de autônomos poderes judiciais, também chamados de poderes inquisitórios, sua aquisição não se subtrai à regra do contraditório.

Consideramos, de fato, que a mesma regra exprime a exigência de que seja garantida para ambas as partes a possibilidade de desenvolver plenamente a defesa de suas próprias razões e que isso significa a possibilidade constante das partes participarem ativamente no desenvolvimento do processo cooperando tanto na pesquisa dos fatos e na produção das provas, quanto na elaboração e formação do convencimento do juiz.

Em outras palavras, podemos afirmar que a estrutura dos modernos processos civis de diferentes maneiras caracterizadas pelo abandono da neutralidade do juiz, não é incompatível com o contraditório o qual, em nosso ordenamento, deve ser considerado o princípio fundamental no qual se pauta o direito à defesa garantido pela Constituição Federal e que, na realidade, é um aspecto integrante do próprio direito de ação.

É exatamente nesse sentido que a regra supracitada foi interpretada pela Corte Constitucional italiana a qual teve a oportunidade de afirmar que “ o direito à defesa fica comprometido quando o contraditório não é garantido”. Se assim for, o problema verdadeiro reside mesmo, conforme sustentamos, na interpretação a ser dada ao artigo 101 do Codex italiano.

Ainda a esse respeito, vale revelar que mesmo na sua interpretação original, o artigo 101 do C.P.C. italiano nunca foi entendido conforme seu teor literal, isto é, no sentido de que o princípio do contraditório diria respeito apenas à constituição inicial da relação processual. De fato, não apenas nas disposições particulares impõe-se o contraditório, mas também com relação a atos sucessivos o mesmo deve ser observado. A jurisprudência se reporta à violação do contraditório para afirmar, em regra, a ineficácia das provas adquiridas na ausência de uma das partes. Não temos, portanto, dificuldade em admitir que a norma possa ser interpretada e aplicada além de seu teor literal como especificação relativa ao processo civil do direito de defesa garantido pela Constituição Federal e que possa abranger, conseqüentemente, qualquer hipótese de atuação desse direito.

No caso, poderia-se colocar o problema da legitimidade constitucional das normas que derogam o princípio fixado pelo artigo 101 do C.P.C., excluindo, de várias formas, a participação das partes na formação da decisão. De toda maneira, é certo que a violação do princípio do contraditório se traduz na invalidação do exercício por parte do juiz do poder de decisão provocando, por conseguinte, a nulidade do provimento.

Por outro lado, a essa consequência, poder-se-ia chegar, também, prescindindo da aplicação do artigo 101 do C.P.C. italiano e argumentando-se, diretamente, a partir do preceito contido no artigo 24 da Constituição Federal italiana³⁰.

Apesar das dúvidas que forma postas no tocante ao tema não nos parece de fato que deva ser recusada a possibilidade de se construir uma categoria de nulidades processuais oriundas diretamente do contraste com normas constitucionais, apenas considerando-se a existência no ordenamento italiano de vivos não formais dos atos processuais derivantes do exercício inválido dos poderes do juiz e das partes, individualizados, portanto, pelos pressupostos e pelas modalidades de exercício dos mesmos poderes; pressupostos estes que podem ser encontrados também em normas diversas das normas processuais e, portanto, até nas normas constitucionais de caráter meramente preceptivo.

Essa possibilidade é, aliás, uma característica saliente dos ordenamentos de outros países que constitucionalizaram as garantias processuais fundamentais.

Sendo exatas as observações precedentes, e se de fato a violação do contraditório deve ser enxergada num quadro mais amplo daquele que emerge do teor formal do artigo 101 do C.P.C, é necessário perguntarmos em que sentido a decisão de questões prejudiciais conhecidas de ofício sem prévio debate entre as partes pode levar à violação do direito de defesa dessas mesmas partes. A resposta não parece difícil se considerarmos que o ato através do qual é posta na pronúncia uma questão prejudicial é uma exceção e que a regra do contraditório, entendido como direito de defesa, indubitavelmente concerne tanto às demandas quanto às exceções.

Sendo assim, as conclusões as quais chegamos, embora partam de uma premissa diferente e pelo que parece, mais firmemente pras ao direito positivo. Não se afastam daquelas da doutrina mais recente, sensível à salvaguarda dos direitos constitucionais das partes.

De fato, embora partindo de um diferente ponto de vista, manifestado através do princípio da colaboração, afirmou-se no que diz respeito à regra do iuria novit curia o dever do juiz de propor às partes, antes de decidir, a norma ou as normas que ele considere oportunas para a condução do caso concreto suscitando, dessa forma, uma discussão acerca da aplicabilidade das mesmas e respeitando, por conseguinte, o mandamento do contraditório.

No que diz respeito ao conhecimento de ofício dos casos impeditivos, modificativos e extintivos da relação jurídica em tela, impõe-se ao juiz o dever de indicar às partes constituídas os fatos que não foram por elas deduzidos e que o magistrado considerou oportuno utilizar em sua decisão, suscitando, dessa forma, o debate sobre os mesmos.

Numa ordem análoga de idéias, revelando que o direito de defesa requer que as partes possam discutir, ao menos uma vez, todas as questões para as quais se estende o poder do juiz ao julgar,

³⁰ Reza o artigo 24 da Constituição Federal italiana: *“Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi.*

La difesa è diritto inviolabili in ogni stato e grado Del procedimento.

Sono assicurati ai non abbienti, con appositi istituti, i mezzi per agire e difendersi davanti giurisdizione.

La legge determina le condizioni e modi per la riparazione degli errori giudiziari”.

foram consideradas as impugnações como expressão do direito de defesa para as questões sobre as quais as partes não podem discutir a não ser depois da pronúncia do provimento, isto é, aquelas que dizem respeito aos vícios formais do mesmo provimento.

É importante lembrarmos que o problema do contraditório se põe apenas nas hipóteses em que o juiz decide e não naquelas em que ele simplesmente conhece uma questão. Assim, por exemplo, a individualização de uma norma a ser aplicada diferente daquela que foi indicada pelas partes, pode provocar a necessidade do contraditório nas hipóteses em que da sua aplicação emerge uma questão potencialmente apta a definir a controvérsia.

Em conclusão, podemos afirmar que uma interpretação do artigo 101 do C.P.C. italiano aderente aos princípios constitucionais nos conduz a sustentar o dever do juiz de provocar o contraditório entre as partes acerca de questões prejudiciais conhecíveis de ofício, havendo indubitável invalidade da decisão pronunciada com a violação desse dever.

Uma interpretação nesse sentido, entra na função dita concretizadora dos preceitos constitucionais que, embora pertença institucionalmente à Corte Constitucional num juízo sobre a legitimidade constitucional das leis, não deixa de ser uma das tarefas dos juízes ordinários aos quais cabe o dever de fazer viver o processo segundo o espírito da Constituição.

5- Uma breve análise do tratamento conferido ao contraditório por outros sistemas alienígenas:

Todas as colocações até o momento feitas acerca do princípio do contraditório são confirmadas pela experiência de outros ordenamentos e não apenas por aqueles que há tempos elaboraram um amplo sistema de garantias aos direitos processuais das partes.

Inicialmente, podemos nos referir à longínqua origem do atual artigo 183 do Código de Processo Civil italiano instituído a partir do projeto de reforma de Chiovenda. O referido dispositivo tem sua origem no artigo 139 da Z.P.O. alemã e no artigo 182 da Z.P.O. da Áustria. Essas disposições prevêm um dever, e não apenas uma faculdade discricionária do juiz, de submeter à discussão das partes as questões conhecíveis de ofício. Conforme observa Lent, ao analisar o sistema alemão, nem mesmo com base no princípio inquisitório o juiz pode servir-se de elementos dos quais toma conhecimento sem antes submetê-los à discussão com as partes, não lhe sendo permitido examiná-los pela primeira vez na motivação da sentença.

Analogicamente exprime-se tratando do processo austríaco Pollak, ao afirmar que o Tribunal não deve surpreender as partes na sentença com pontos de vista jurídicos que não foram discutidos. Se o Tribunal violar esse dever, sustenta o jurista suprareferido que o processo seria viciado.

Recentemente, houve manifestações de orientação análoga no direito francês por força das reformas ocorridas no Código de Processo Civil desse país, reformas estas que se inspiraram no princípio do aumento dos poderes do juiz. Uma atuação parcial do princípio em exame verificou-se a partir da modificação do artigo 171 do Código de Processo Civil francês por meio do decreto nº 60-802 em 2

de agosto de 1960, passando a estabelecer o dispositivo que “a incompetência não pode ser pronunciada de ofício sem que as partes tenham sido chamadas a apresentar suas observações sobre o assunto e sem que tenha havido a reabertura dos debates”.³¹

Em semelhante sentido dispõe o texto modificado do artigo 172 do Codex francês no que diz respeito às pronúncias de litispêndências e conexões. De forma complementar ao que dissemos, vale acrescentar o que dispõe o artigo 82 do C.P.C. francês ao tratar da fase colegiada de exame das causas. Reza o dispositivo que: “nenhuma matéria, mesmo que de ordem pública, que não tenha sido discutida pelas partes poderá ser examinada de ofício sem que estas tenham sido chamadas a apresentar suas observações sobre o assunto”.³²

Enfim, nos ordenamentos como os de common law, fundamentalmente inspirados no chamado adversary system, o poder excepcional atribuído ao juiz para conhecer de ofício determinadas questões é acompanhado pelo dever de provocar o debate entre as partes acerca das iniciativas do magistrado.

Nos Estados Unidos, por exemplo, a ampliação progressiva dos poderes judiciais manifestada na extensão do princípio do judicial notice foi acompanhada pela indicação das razões de fairness que impunham ao juiz consentir às partes o debate tanto sobre a admissibilidade desse meio de aquisição processual quanto acerca do material de prova assim conseguido. O fundamento substancial desse princípio traduziu-se na formulação das regras do model code of evidence bem como do uniform rule of evidence.

O ordenamento suprarreferido teve a oportunidade de manifestar-se em particular, acerca do conhecimento por parte do juiz aplicador do direito estrangeiro de matéria não submetida ao debate entre as partes. A hipótese foi considerada pelo direito americano como caso de reversible error e, portanto, motivo de impugnação por desrespeito ao contraditório referente à norma estrangeira que foi objeto de judicial notice.

As recentes e profundas reformas do direito processual federal na matéria, levaram ao abandono da chamada fact characterization do direito estrangeiro, e conduziram à reafirmação da existência da obrigação do juiz de informar às partes quando estiver o mesmo se valendo de matérias consideravelmente diferentes daquelas que foram objeto de debate. Esse dever do juiz foi previsto à luz do que dispõe o due process of law, isto é, do princípio constitucional que exprime o núcleo central da regra do contraditório e que, como é cediço, é também a direta medida de validade de cada ato processual.

Não é difícil concluirmos, ante o exposto, que o respeito ao contraditório constitui orientação amplamente difundida nos ordenamentos processuais modernos, mesmos nos mais longínquos, por meio de traduções e pressupostos ideológicos. Mesmo quando os ordenamentos demonstram

³¹ Fizemos uma livre tradução do artigo 171 do C.P.C. francês, cuja redação original dispõe: “l’incompétence ne peut être prononcée d’Office sans que les parties aient été appelées à présenter leurs observations à cet égard, au besoin après réouverture des débats”.

³² Mais uma vez, fizemos uma livre tradução da regra do artigo 82 do C.P.C. francês, que originalmente dispõe: “Aucun moyen, même d’ordre public, non soulevé par les parties, ne pourra être examiné d’office sans que celles-ci aient été appelées à présenter leurs observations à cet égard”.

evoluir no sentido de atribuir poderes crescentes ao juiz, estabelece-se a necessidade de serem todas as matérias submetidas ao debate das partes, sob pena de nulidade das decisões. O juiz tem o dever, em qualquer estágio da causa, de chamar a atenção das partes acerca dos pontos que examinou de ofício.

Quanto ao direito italiano já analisado, é certo que as regras do projeto de Chiovenda, a que anteriormente fizemos referência, sofreram atenuações progressivas nos projetos de reforma que o sucederam até aparecerem bastante desfiguradas no atual artigo 183, parágrafo segundo do C.P.C italiano, configurando apenas uma pálida sombra do dispositivo inicialmente previsto. Assim, a obrigação inicialmente imposta ao juiz que tivesse o poder de decisão de submeter às partes qualquer matéria conhecível de ofício, foi transformada em mera faculdade na redação definitiva do Código de Processo Civil. Em outras palavras, a “necessidade” de submeter ao contraditório das partes qualquer questão que o magistrado viesse a conhecer de ofício virou mera “oportunidade” .

Entretanto, conforme já foi exaustivamente afirmado, em que pese a redação defeituosa do dispositivo processual, a doutrina e até mesmo a jurisprudência em nível mundial vêm sustentando que a correta interpretação a ser dada à questão implica na necessidade de se submeter ao contraditório das partes qualquer questão prejudicial que venha a ser conhecida de ofício pelo juiz. A violação deve de fato provocar a nulidade da decisão que será reconduzida à categoria de nulidades decorrentes da violação do artigo 101 do C.P.C. italiano.

6- Conclusão:

Qualquer que seja o sistema processual analisado não parece haver qualquer dúvida acerca da importância dos princípios do contraditório e da oralidade para o regular desenvolvimento processual. O contraditório, intrinsecamente ligado à ampla defesa, mostra-se na maior parte dos sistemas como garantia constitucional das partes posto que é imaginável um processo em que uma ou ambas as partes possam vir a serem surpreendidas por argumentos ou provas que não tiveram a oportunidade de contraditar.

A sistemática atual faz com que o direito ao contraditório surja não apenas nas hipóteses em que uma das partes traz novo argumento ou prova aos autos, mas até mesmo nas hipóteses em que o juiz, por expressa permissão legal, conhece de ofício acerca de questão relevante para fins de decisão do caso. A participação ampla das partes na colheita e produção de provas é desejável e inerente à própria concepção de Estado Democrático de Direito.

Quanto à oralidade, o que ainda hoje se percebe em nível mundial é sua subutilização, sobretudo em procedimentos executórios e em grau recursal. Esse princípio possui fundamental importância não apenas por tornar mais célere procedimentos que se arrastam por anos mas também, por permitir um contato bastante desejável entre as partes e o juiz. Muitas vezes, provas documentais não são capazes de expressar tão fielmente quanto esse contato a realidade sobre os fatos apurados. A emoção de uma das partes, sua tranquilidade ou seu nervosismo são provas tão relevantes e

convincentes quanto àquelas extraídas de documentos, os quais, muitas das vezes são frutos de falsificação.

Ademais, também por meio da oralidade exerce-se a concentração dos feitos, a publicidade que deve ser inerente a qualquer processo, implementa-se a desejada celeridade processual e, sobretudo, a mais ampla defesa dos envolvidos.

Muito já avançamos quanto à interpretação desses dois fundamentais princípios desde que foram concebidos. Entretanto, a aplicação dos mesmos nos moldes reclamados por um Estado Democrático de Direito requer enorme avanço.

No progresso reclamado para que se dê ampla e correta aplicação a esse institutos terá fundamental relevância o desenvolvimento da jurisprudência e da doutrina. Cabe, fundamentalmente aos operadores e estudiosos do direito empregarem constantes esforços na construção e evolução diária desses institutos. O ideal ainda está bastante distante e, talvez, jamais venha a ser alcançado, mas prosseguir é preciso, pois é a observação prática do cotidiano forense que nos aponta as imperfeições processuais ainda existentes e nos indica o caminho a ser percorrido em busca do aperfeiçoamento dos institutos processuais.

7- Bibliografia:

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Elementos de Teoria Geral do Processo*, 6ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1997.

ANDRIOLI, *Commento al código di proc.civ*, 2ª edição, Napoli, 1956.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*, 3ª edição, São Paulo: Saraiva, 1999.

BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade, Para uma teoria geral da política*, 7ª edição, São Paulo: Ed. Paz e Terra, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro. O Valor Atual do Princípio da Oralidade, in *Revista Jurídica*, nº 297, 2002.

_____ *Procedure Orale et Procedure Ecrite*, Giuffrè, Milano, 1971.

CARNELUTTI, Francesco. *Estudios de Derecho Procesal*, vol. II, trad. esp. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires: EJEJA, 1952.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 5ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. II, trad. Bras. de J. Guimarães Menegale, 3ª edição, São Paulo: Saraiva, 1969.

DALLARI, Dalmo de Abreu, *Elementos de Teoria Geral do Estado, 18ª edição, São Paulo: Saraiva, 1994.*

DELGADO, Jaime Guasp. *La Pretensión Procesal, 2ª edição, Madri: Civitas, 1985.*

DENTI, Vittorio, *Questioni Rilevabili d'ufficio e contradditorio*, Rivista diDiritto Processuale, CEDAM, Padova, 1968.

_____ *L'eccezione nel processo civile*, in Riv. Trim. Dir. e proc. Civ, 1961.

GRASSO, *La collaborazione nel processo civile*, in Rivista, 1966.

GRECO, Leonardo. *O Processo de Execução*, vol.I, Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*, vol. I, 11ª edição, São Paulo: Saraiva, 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos de Araujo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*, 14ª edição, São Paulo: Malheiros, 1998.

JARDIM, Afranio Silva. *Direito Processual Penal*, 4ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1992.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*, Saraiva, São Paulo, 1980, 4ª edição.

PICARDI, Nicola, *Il Principio del Contradditorio* in Rivista di Diritto Processuale, ano LIII, CEDAM, Padova.

PUGLIATTI, *Eccezione (teoria generale)*, in Enc. del dir., XIV, Milano, 1965.

ROCCO. Ugo. *Derecho Procesal Civil*, trad. esp. de Felipe de J. Tena, versão apresentada por Alexandre Freitas Câmara, México: Porrúa, 1939.

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

REFLEXÕES SOBRE A ORALIDADE NO PROCESSO ELETRÔNICO
REFLECTIONS ON ORAL SUBMISSIONS IN ELECTRONIC PROCEDURE

BRUNO DA COSTA ARONNE
Mestre em Direito Processual pela UERJ.

RESUMO EM PORTUGUÊS

A Lei 11.419/06 iniciou a gradual transição do processo físico, de papel, para o processo eletrônico, colimando conferir maior velocidade à atividade jurisdicional. Além da celeridade, o princípio da oralidade também será diretamente afetado pela aplicação prática desse diploma legal. Neste artigo, o autor apresenta as características e vantagens do princípio da oralidade, e, em seguida, analisa as possíveis maneiras de utilizar a forma oral no processo eletrônico, destacando as suas principais vantagens.

Palavras-chave: 1. Processo Civil; 2. Princípio da Oralidade; 3. Lei 11.419/06; 4. Processo Eletrônico; 5. Vantagens.

RESUMO EM INGLÊS

The enactment of Law n. 11.419/06 has provoked a slow transition from the traditional court files (recorded with papers) to the electronic court files (e-process), with the goal of making procedures faster. Besides the agility, the orality will also be affected by this law. In this article, the author presents the characteristics and advantages of the principle of orality. Moreover, analyses the possible ways to use the oral form in the e-process, pointing out its most important advantages.

Keywords: 1. Civil Procedure Law; 2. Principle of Orality; 3. Law n. 11.419/06; 4. E-Process; 5. Advantages.

INTRODUÇÃO

O Estado retirou dos indivíduos a possibilidade de buscar por suas próprias forças a resolução dos conflitos, proibindo a justiça privada. Nesse passo, avocou para si a aplicação do direito, exercendo a função jurisdicional em substituição à vontade das partes. Em contrapartida, assumiu o dever de solucioná-los com justiça¹. O método adotado para a resolução dos conflitos é o processo. Através desse mecanismo, as partes levam ao conhecimento do Estado-juiz os fatos, para que este

¹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de Pinho. *Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2007, p. 6.

solucione o litígio de maneira justa, à luz das fontes do direito e com base naquilo que foi alegado e provado nos autos.

Vê-se, claramente, que se trata de uma função extremamente relevante e delicada, na medida em que a decisão do litígio influencia sobremaneira a esfera jurídica e, muitas vezes, a condição patrimonial das partes. E, em um regime democrático, tal como o brasileiro, a justeza da sentença assume notável importância, em virtude da proteção constitucional à dignidade das pessoas. Nesse contexto, às partes devem ser conferidas as melhores condições possíveis para a atuação no processo, como medida de proporcionar uma justa decisão.

Assim, a justiça da sentença não depende apenas do conhecimento jurídico e do bom senso do juiz que a profere. Para se alcançar esse resultado, é necessário, também — e principalmente —, que o aparelho judiciário e as regras do processo estejam estruturados para esse fim. Consoante o entendimento de Sergio Chiarloni, para que se alcance uma decisão justa, deve ser realizada uma correta interpretação da norma em conjunto com uma adequada reconstrução dos fatos². Na visão do citado autor, exige-se que a disciplina das provas seja endereçada a assegurar uma adequada descoberta da verdade e que sejam eliminadas as fontes que operam prejuízo ao contraditório, à paridade de armas e à imparcialidade do juiz³. A reconstrução dos fatos é, portanto, um dos pilares mais relevantes do processo justo. Sobre esse ponto, Luiz Guilherme Marinoni assenta que o direito à tutela jurisdicional não pode restar limitado ao tradicional conceito de acesso à justiça, visto que é fundamental a efetiva possibilidade de argumentação e produção de prova⁴. No mesmo sentido, José Roberto dos Santos Bedaque afirma que não basta assegurar o ingresso em juízo; é indispensável a efetividade da proteção judicial e da ordem constitucional, o que se alcança através da ordem jurídica justa⁵.

Com base nessas premissas, desenvolveu-se a concepção de que, para se alcançar uma sentença justa, é necessário um processo justo. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira sustenta que o processo justo e a tutela jurisdicional efetiva são os meios de que dispõe o Estado Democrático de Direito, essencialmente constitucional, para a realização desse objetivo.⁶ Nessa mesma direção, Italo Augusto Andolina acrescenta que um processo jamais será justo se a sua decisão for injusta.⁷

² “La sentenza é giusta quando passa l’esame di un doppio critério di verità. Quanto cioè é il frutto di una corretta interpretazione delle norme coinvolte e di un’esatta ricostruzione dei fatti”. CHIARLONI, Sergio. Giusto processo, garanzie processuali, giustizia della decisione. *Revista de Processo*. Vol. 152. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 103.

³ *Ibid.*, p. 104.

⁴ “O jurisdicionado não é obrigado a se contentar com um procedimento inidôneo à tutela jurisdicional efetiva, pois o seu direito não se resume à possibilidade de acesso ao procedimento legalmente instituído. Com efeito, o direito à tutela jurisdicional não pode restar limitado ao direito de igual acesso ao procedimento estabelecido, ou ao conceito tradicional de direito de acesso à justiça. Não importa apenas dizer que todos devem ter iguais oportunidades de acesso aos procedimentos e aos advogados, e, assim, à efetiva possibilidade de argumentação e produção de prova”. MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 147.

⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo. Influência do direito material sobre o processo*. 4ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 35.

⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Direitos fundamentais à efetividade. *Revista de Processo*. Vol. 155. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 23.

⁷ ANDOLINA, Italo Augusto. Crisi del giudicato e nuovi strumenti alternativi di tutela giurisdizionale. *Revista de Processo*. Vol. 150. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 79.

Percebe-se, por conseguinte, que a sentença justa é consectário de um processo justo. Inclusive, Candido Rangel Dinamarco simplifica o conceito de processo justo, aduzindo que outra coisa não é senão o processo apto a produzir resultados justos.⁸ Em torno dessa perspectiva, o referido autor defende um processo acessível a todos e a todas as suas causas, ágil e simplificado, aberto à participação efetiva dos sujeitos interessados e contando com a atenta vigilância do juiz sobre a instrução e sua interferência até o ponto em que não atinja a própria liberdade dos litigantes⁹.

Para o alcance dessa meta, Cassio Scarpinella Bueno assenta que deve existir um modelo mínimo, mas indispensável, impositivo e vinculante para a atuação do Estado-juiz. Esse modelo abarca condições imprescindíveis para um processo justo e, conseqüentemente, uma sentença justa. Tais condições encontram-se atreladas a um “princípio-síntese”, conhecido como devido processo legal¹⁰.

O princípio do devido processo legal é a base de sustentação dos demais princípios processuais¹¹, ou, como comenta Rui Portanova, “verdadeiro princípio informativo de todos os princípios ligados ao processo e ao procedimento”.¹² É com observância a ele e aos princípios e garantias a ele ligados que o processo desenvolver-se-á de maneira justa, isto é:

com absoluto respeito à dignidade humana de todos os cidadãos, especialmente das partes, de tal modo que a justiça do seu resultado esteja de antemão assegurada pela adoção das regras mais propícias à ampla e equilibrada participação dos interessados, à isenta e adequada cognição do juiz e à apuração da verdade objetiva: um meio justo para um fim justo.¹³

Os princípios e garantias, ligados ao devido processo legal — ou à concepção de processo justo —, estão previstos na própria Constituição, no Código de Processo Civil ou são concebidos e identificados pela doutrina e pela jurisprudência. Entre eles, tem notável importância o princípio da oralidade.

⁸ DINAMARCO, Candido Rangel. *Nova Era do Processo Civil*. 2ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 22.

⁹ DINAMARCO, Candido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 13ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 36.

¹⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil I*. 2ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 105. Leonardo Greco aponta essas condições mínimas como as “*garantias fundamentais do processo*, universalmente acolhidas em todos os países que instituem a dignidade da pessoa humana como um dos pilares do Estado Democrático de Direito”. GRECO, Leonardo. *Garantias Fundamentais do Processo: O Processo Justo*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 17.11.2007.

¹¹ “O princípio do devido processo legal, neste contexto, deve ser entendido como o princípio regente da atuação do Estado-juiz, desde o momento em que ele é provocado até o instante em que o Estado-juiz, reconhecendo o direito lesionado ou ameaçado, crie condições concretas de sua reparação ou imunização correspondente”. BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil I*. 2ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 105.

¹² Rui Portanova conceitua o devido processo legal como a garantia constitucionalmente prevista que assegura tanto o exercício do direito de acesso ao Poder Judiciário como o desenvolvimento processual de acordo com normas previamente estabelecidas. Nessa linha, afirma que o devido processo legal é o princípio informativo de todos os princípios ligados ao processo e ao procedimento. PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. 6ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, pp. 145-147.

¹³ GRECO, Leonardo. *Garantias Fundamentais do Processo: O Processo Justo*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 17.11.2007.

A RELEVÂNCIA DA ORALIDADE NO PROCESSO

O Estado Democrático de Direito exige que a atividade jurisdicional seja caracterizada por um processo realmente efetivo, com sentenças justas e resultados úteis. Nesse diapasão, é indispensável que se coloque à disposição das partes meios eficientes de participação, a fim de que o contraditório seja plenamente exercido e, por consequência, a reconstrução dos fatos seja efetuada da maneira mais produtiva possível, de modo a levar ao conhecimento do julgador um quadro fático fiel à realidade. Impende repisar que, somente assim, respeitando-se as garantias do processo justo, é que o Estado-juíz pode proferir uma sentença justa.

Dentro da garantia do contraditório participativo, encontra-se a garantia do jurisdicionado à audiência oral com o juiz. Segundo Leonardo Greco, o diálogo humano e público com o juiz da causa é um indispensável instrumento de autodefesa, eis que pode influenciar eficazmente na decisão da causa, em virtude de sua capacidade de transmitir ao juiz impressões reais do conflito desaguado do Poder Judiciário.¹⁴

Realmente, a prova oral coloca o magistrado de frente com as partes e testemunhas, permitindo-lhe sentir as características psicológicas das pessoas envolvidas no processo. Sem dúvida, essa experiência fornece ao juiz uma boa noção do conteúdo do depoimento e do próprio comportamento dos depoentes, o que aprimora a cognição da matéria fática. Nesse sentido, o exercício da oralidade beneficia a colheita das provas pelo juiz, tendo em vista que este absorve impressões mais completas do contexto do litígio.¹⁵ Ademais, a oralidade impõe um curto espaço de tempo entre a audiência e a decisão, com o fito de evitar que o magistrado olvide os sinais e detalhes do caso que analisou pessoalmente. Assim, vê-se que a garantia em exame favorece a celeridade e a prolação de uma sentença justa, eis que atenta às provas produzidas em audiência.

Mauro Cappelletti ressalta que a oralidade também impacta positivamente a publicidade, em razão do caráter público das audiências, que permite um controle maior da sociedade sobre a atuação do juiz.¹⁶ Afinal, quando da realização das audiências, o juiz não é um mero espectador; suas responsabilidades são grandes, na medida em que deve promover uma equânime participação dos interessados. Ressalte-se, ainda, o caminho que a audiência com o magistrado abre para a realização de acordos. A prática forense demonstra que, na frente do juiz, as partes ficam mais propícias a aceitar a conciliação.¹⁷

A oralidade abarca alguns subprincípios, os quais são essenciais para a plena realização dos seus escopos. Seguindo a classificação idealizada por Chiovenda, os processualistas dividem os postulados fundamentais da oralidade na concentração dos atos processuais em audiência; na imediatidade entre o juiz e a fonte da prova oral; na identidade física do juiz; e na irrecorribilidade

¹⁴ GRECO, Leonardo. *Garantias Fundamentais do Processo: O Processo Justo*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 17.11.2007.

¹⁵ “Quanto mais próximas as atividades de colheita de prova oral e dos debates, de um lado, e de decisão, de outro, menor o risco de que as impressões obtidas pelo magistrado desapareçam e a memória o engane”. CÂMARA, Alexandre Freitas. *A Oralidade e o Processo Civil Brasileiro*. In: *Escritos de Direito Processual*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2001, p. 19.

¹⁶ CAPPELLETTI, Mauro. *Procedure Orale et Procedure Ecrite*. Milano: Giuffrè, 1971, p. 106.

¹⁷ GUEDES, Jefferson Carús. *O Princípio da Oralidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 143.

em separado das decisões interlocutórias.¹⁸ Rui Portanova ressalta que a finalidade máxima dessa corrente de princípios é a de que o mesmo juiz que colheu a prova oral prolate a sentença.¹⁹

Dentro dessa classificação, assume notável importância a concentração, a qual colima aproximar uns atos dos outros, preferencialmente no mesmo dia, para evitar que as informações e as impressões colhidas nas audiências não escapem da memória do juiz.²⁰ Assim, procura-se realizar os atos em momentos muito próximos, no intuito de conservar na mente do magistrado os pontos mais marcantes dos relatos efetuados na instrução. Na condição de seres humanos, não se pode exigir dos juízes que guardem por muito tempo os detalhes dos depoimentos, mas deve-se exigir dos mesmos que procurem concentrar ao máximo os atos, de modo a não prejudicar a reconstrução dos fatos. Destaque-se que, justamente por promover a concentração dos atos, esse subprincípio opera, a reboque, maior celeridade ao processo.

A oralidade também pressupõe a imediatidade entre o juiz e a fonte da prova oral. Embora consista meramente no contato direto e pessoal que o magistrado tem com o depoente, trata-se de um dos elementos mais importantes dessa garantia, pois o juiz é o destinatário da prova. Isto é, como é o juiz quem valora a prova, é pertinente que ele a colha. E é imprescindível, nesse passo, que, no exercício da sua atuação imediata junto aos depoentes, o juiz tenha pleno conhecimento do processo, como medida de permitir um qualificado colhimento das provas, a fim de ensejar uma justa decisão.

Pontes de Miranda conceitua esse subprincípio como a “utilização da observação imediata, da intuição imediata, do sentir imediato e do pensar imediato. Imediatizando o juiz, a lei espera salvar o máximo de valor objetivo das provas e da percepção delas pelo juiz”.²¹ Por isso, diz-se que nem mesmo as declarações judiciais prestadas por instrumento público, junto a um tabelião, têm o condão de sobrepujar o depoimento oral prestado ao magistrado.²²

A identidade física do juiz é o subprincípio que enaltece a importância de vincular o juiz que presidiu a instrução oral à decisão do litígio, em razão da percepção obtida quando da realização da audiência. Com efeito, ao colher os depoimentos, o magistrado capta os traços psicológicos e sentimentais dos depoentes, tornando-se o mais adequado para avaliar a prova e decidir de maneira justa.²³

¹⁸ Adotam essa classificação Alexandre Câmara (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais. Uma abordagem crítica*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 12), Rui Portanova (PORTANOVA, Rui. Op. cit., p. 221), Jefferson Guedes (GUEDES, Jefferson Carús. *O Princípio da Oralidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 49) e Cassio Scarpinella Bueno (BUENO, Cassio Scarpinella. Op. cit., p. 511/512).

¹⁹ PORTANOVA, Rui. Op. cit., p. 221.

²⁰ Ibid., p. 225.

²¹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. V. 1. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1973, p. 57.

²² PORTANOVA, Rui. Op. cit., p. 221.

²³ ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. V. I. Parte Geral. 11ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 40.

Já a irrecorribilidade das interlocutórias tem efeito benéfico para a celeridade, na medida em que evita a dispersão dos atos, ao evitar o efeito suspensivo a eventuais desconformidades contra atos judiciais interlocutórios.

Observa-se que a oralidade, tal como a escrita, tem muita relevância na descoberta da verdade.²⁴ O processo escrito é realmente importante, haja vista a sua capacidade de registrar e preservar os atos, evitando-se a sua perda ou o seu esquecimento.²⁵ De qualquer modo, como comentado por Mauro Cappelletti, o processo com a palavra escrita não dispensa a palavra falada, porque a oralidade tem a vantagem de levar aos autos a espontaneidade, a imediatidade e a simplicidade.²⁶

Todos esses subprincípios cooperam para a prolação de uma sentença segura e célere. Afinal, a concentração de atos e o colhimento pessoal das provas pelo juiz opera o equilíbrio entre a celeridade e a segurança. Por esses motivos, a oralidade encaixa-se na concepção de processo justo.

A oralidade, agora, encara o desafio dos novos tempos, uma vez que emerge no Brasil o processo eletrônico, regulamentado pela Lei 11.419/06.

ASPECTOS GERAIS DA LEI 11.419/06

Oriunda do Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 5.828, de 4 de dezembro de 2001²⁷, a Lei 11.419/06 dispõe sobre a informatização do processo judicial e altera o Código de Processo Civil, adaptando-o ao meio eletrônico, nos dispositivos em que seu uso pode ser aplicado. A lei está dividida em quatro capítulos. O primeiro estabelece as regras básicas para a criação de um sistema de comunicação eletrônica. O segundo trata especificamente da comunicação eletrônica dos atos processuais. O terceiro versa sobre o processo eletrônico. E o quarto, sobre as disposições gerais e finais²⁸.

Com a Lei 11.419/06, o legislador colimou 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 máquina judiciária, quanto à parte, no que diz respeito aos custos processuais”²⁹. Portanto, verifica-se o intuito de amenizar o problema da ineficiência da

²⁴ GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. Vol. 2. 18ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 93.

²⁵ SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de Direito Processual Civil*. Vol. 1. 12ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 43.

²⁶ CAPPELLETTI, Mauro. *Procedure Orale et Procedure Ecrite*. Milano: Giuffrè, 1971, p. 101.

²⁷ “A Lei nº 11.419, de 2006, é fruto do Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 5.828, de 4 de dezembro de 2001, de autoria formal da Comissão de Legislação Participativa da Câmara dos Deputados, acatando sugestão formulada pela Associação dos Juízes Federais – AJUFE. (...) No Senado Federal, o projeto tomou o número PLC 71, de 2002, (...), que recebeu a colaboração da Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça, do ITI – Instituto Nacional de Tecnologia da Informação e do Superior Tribunal de Justiça”. CALMON, Petrônio. CALMON, Petrônio. *Comentários à Lei de Informatização do Processo Judicial*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2007, p. 48.

²⁸ *Ibid.*, p. 48.

²⁹ Relatório do Deputado Federal Ney Lopes. Diário da Câmara dos Deputados de 29.12.2001, p. 217.

Justiça, elevando a qualidade e acelerando a prestação jurisdicional³⁰, tornando-a, simultaneamente, menos dispendiosa às partes, aos operadores do Direito e ao próprio Estado.

O Conselho Nacional de Justiça³¹ ainda aponta outras vantagens que provavelmente advirão com o uso do processo eletrônico: a preservação do meio ambiente, através da economia de água e de papel³²; a utilização de menos espaço físico e de menos mão-de-obra; bem como a facilidade para consultar os autos, a qualquer hora e em qualquer lugar do mundo.

Em virtude dessas vantagens, o Superior Tribunal de Justiça³³ e o Supremo Tribunal Federal³⁴ foram extremamente receptivos à idéia do processo eletrônico, de modo que já se pode asseverar que a informatização do processo judicial é um caminho sem volta. Inclusive, no dia 09 de outubro de 2007, o STF recebeu o primeiro Recurso Extraordinário totalmente eletrônico (RE 564821). Desde a primeira instância (Juizado Especial Federal do Distrito Federal), o respectivo processo tramita sob a forma eletrônica³⁵. Também no Supremo Tribunal Federal, foi feito o primeiro julgamento de um recurso (RE 551476) em uma corte superior. Em apenas 17 dias, o recurso foi

³⁰ Cf. 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.

³¹ “Além de combater a morosidade processual, o processo virtual ainda melhora o acesso à Justiça e a transparência do Poder Judiciário. Isso porque o processo eletrônico pode ser manejado em horário integral, isto é, as portas da Justiça estão sempre abertas para o jurisdicionado. A publicidade é tanta quanto a rede mundial da Internet permite. Outro grande beneficiado é o meio ambiente, pela economia de papel e de toda a água necessária para a sua fabricação. Há, ainda, economia da mão-de-obra dos serviços burocráticos da justiça, tais como elaboração de mandados de intimação, carga de autos a advogados e outros, trabalho que simplesmente desaparece com o processo eletrônico. Há economia, também, com prédios, arquivos, armários etc.

Não é só para a Justiça que os custos baixam com o processo virtual: para os advogados também. Na mesma proporção que a burocracia do processo se reduz para a Justiça, reflete-se a redução de trabalho nos escritórios de advocacia, que podem controlar com mais precisão os prazos processuais, reduzir gastos com cópias reprográficas, com arquivos, bem como diminuir despesas com deslocamentos à sede da Justiça”. GARCIA, Sergio Renato Tejada. *Processo Virtual: Uma Solução Revolucionária para a Morosidade*. Disponível em: <www.cnj.gov.br>. Acesso em: 10.12.2006.

³² Estima-se que, somente no ano de 2006, 380 toneladas de papel circularam pelo Supremo Tribunal Federal e 5 milhões de páginas foram impressas. Destarte, a informatização do processo tende a preservar o meio-ambiente. Disponível em: <www.iti.gov.br/twiki/bin/view/Noticias/PressRelease2007Oct15_124951>. Acesso em: 12.12.2007.

³³ Após publicar a Resolução nº 2, de 24 de abril de 2007, o Superior Tribunal de Justiça iniciou o serviço de peticionamento eletrônico pelo programa e-pet, que “permite o uso da internet para a prática de atos processuais, sem necessidade de petições escritas em papel, nos processos de competência originária do presidente do Tribunal, nos habeas-corpus e nos recursos em habeas-corpus. Para ter acesso ao peticionamento, é necessário obter uma certificação digital, preparar seu computador com a instalação dos programas necessários e realizar o credenciamento prévio no sistema”. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 20.06.2007.

³⁴ No dia 21/06/2007, o Supremo Tribunal Federal oficializou a instalação do e-STF, nome dado ao sistema que coloca a Excelsa Corte definitivamente na era da informática. O primeiro serviço oferecido totalmente em meio digital é o recurso extraordinário. O e-STF já funciona em conjunto com quatro tribunais – o Tribunal Superior do Trabalho (TST), o Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF 1ª Região), e os Tribunais de Justiça do Espírito Santo e de Sergipe. Na ocasião da inauguração do novo sistema, a então presidente do STF, Ministra Ellen Gracie, afirmou que toda a sociedade brasileira ganhará com a informatização dos processos judiciais, que vai provocar uma “revolução na forma de administrar o Judiciário”. Além disso, a Ministra divulgou dados que dão conta de que a maior parte do tempo gasto em processos é despendida em atos relativos ao andamento, como a expedição de certidões, protocolos, registros, ou até mesmo a costura dos autos e os carimbos obrigatórios, que Sua Excelência denomina de “tempo neutro do processo”. Para ela, ao entrar na era virtual, todo o tempo gasto no processo se transformará em “tempo nobre, em atividade criativa, em típica atividade jurisdicional”. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 12.09.2007.

³⁵ Disponível em: <www.iti.gov.br/twiki/bin/view/Noticias/PressRelease2007Oct15_124951>. Acesso em: 12.12.2007.

autuado e julgado. O prolator da decisão foi o Ministro Sepúlveda Pertence³⁶. Já o STJ deu início à aplicação prática da Lei 11.419/06 no dia 8 de junho de 2009.³⁷

Convém noticiar, ainda, que, no dia 26/06/2007, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo inaugurou o primeiro fórum³⁸ totalmente informatizado do país, onde todos os processos são digitais, sem nenhum papel.

Vale esclarecer que a informatização não se limita aos processos cíveis. O artigo 1º, §1º, da Lei 11.419/06³⁹ expressa que a tramitação dos processos pela forma eletrônica poderá ser adotada nos processos civil, penal e trabalhista, bem como nos juizados especiais, em qualquer grau de jurisdição. Nota-se que, com exceção de alguns órgãos, como, por exemplo, as Justiças Militar e Eleitoral⁴⁰, a disciplina da informatização tem larga abrangência.

Ressalte-se que a informatização não se restringe apenas a petições e decisões. O inciso II, § 2º, do artigo 1º, estipula que “meio eletrônico” consiste em qualquer forma de armazenamento ou tráfego de documentos e arquivos digitais, que englobam sons, textos e imagens. Assim, constata-se que a ampla variedade de mecanismos eletrônicos poderá ser adotada pelos tribunais, sem restrição. E, ao mencionar a expressão “qualquer forma”, o texto legal abre a possibilidade de constante modernização dos sistemas em que serão tramitados os processos eletrônicos.

Dessas informações, extrai-se que a informatização do processo já não é mais uma tendência, mas, sim, uma realidade inexorável. Além disso, observa-se que novos instrumentos de trabalho serão adotados pelos operadores do processo, notadamente os equipamentos de informática. Dentro desse

³⁶ Disponível em: <www.conjur.estadao.com.br/static/text/56879,1>. Acesso em: 25.06.2007.

³⁷ “A revolução digital na Justiça brasileira tem data marcada. No próximo dia 8 de junho, ocorre a primeira distribuição de processos eletrônicos no Superior Tribunal de Justiça (STJ). O portal do Tribunal na internet passa a oferecer uma sala denominada e-STJ, onde estarão disponíveis ferramentas para peticionamento eletrônico e visualização digital dos processos. A evolução representa maior velocidade e maior segurança na tramitação dos processos eletrônicos, vantagem para o cidadão e para o advogado.

O portal do STJ permitirá que os advogados com certificação digital consultem os processos a qualquer momento, em qualquer lugar do mundo, por meio da internet. O procedimento segue o que está estabelecido na Lei n. 11.419/2006, a lei do processo eletrônico. O acesso é franqueado ao advogado titular do processo. Os advogados poderão praticar os atos processuais em tempo real, durante as 24 horas do dia, uma vantagem, já que não precisarão se limitar ao horário de funcionamento do Tribunal”. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 25.05.2009.

³⁸ Fórum da Freguesia do Ó, Zona Oeste de São Paulo, dividido em três varas cíveis e uma de Família e Sucessões. Disponível em: <www.tj.sp.gov.br>. Acesso em: 10.11.2007.

³⁹ “Art. 1º O uso de meio eletrônico na tramitação de processos judiciais, comunicação de atos e transmissão de peças processuais será admitido nos termos desta Lei.

§ 1º Aplica-se o disposto nesta Lei, indistintamente, aos processos civil, penal e trabalhista, bem como aos juizados especiais, em qualquer grau de jurisdição”.

⁴⁰ “A lei se aplica aos procedimentos cíveis, criminais e trabalhistas, em todas as instâncias, sendo certo, porém, que há restrições em procedimentos criminais, como é o caso da citação expressamente referida no art. 6º, aplicável também aos procedimentos infracionais, previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente. Diante do silêncio da lei, pensamos que foi intenção do legislador excluir a sua incidência sobre procedimentos militares e eleitorais, que, em razão da peculiaridade das matérias, ficará restrito às normas procedimentais gerais. Pensamos ainda que também não deve se aplicar a nova lei aos procedimentos administrativos, eis que, para tanto, será necessário que o Poder Judiciário se estruture a fim de obter as condições mínimas exigidas pela lei”. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de Pinho. *Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2007, pp. 204-205. Por outro lado, para Petrônio Calmon, não há exceção para a aplicação da Lei 11.419/06, a qual poderá ser aplicada em qualquer tribunal. Cf. CALMON, Petrônio. *Comentários à Lei de Informatização do Processo Judicial*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2007, p. 55. A posição de Petrônio Calmon se reforça pelo teor da Recomendação nº 12 do CNJ, que incentiva o uso de formas de assinatura eletrônica na Justiça Militar, entre outras.

contexto e considerando que a oralidade é uma garantia inafastável do processo, convém avaliar os riscos e benefícios que o processo eletrônico, da maneira como foi concebido pela Lei 11.419/06, oferece a esse princípio.

A ORALIDADE NO PROCESSO ELETRÔNICO

Na fase processual romana denominada *extraordinaria cognitio*, teve início a prevalência da forma escrita sobre a oral, em razão da necessidade de registro dos atos processuais. Passados os séculos, a sociedade foi massificada, o que operou o crescimento de conflitos e processos, prolongando a duração da cognição dos fatos e a consolidação do registro por escrito dos atos processuais. Destaque-se que essa mudança também foi importante para preservar a coisa julgada, tendo em vista que o armazenamento dos dados de processos findos auxilia no combate à repetição de lides de igual objeto.⁴¹

A forma escrita, todavia, não acarretou o abandono da oralidade. Em verdade, o uso desta ficou restrito a audiências, sessões de julgamento e despachos com os magistrados. Vale ressaltar que, em todos esses casos, o seu conteúdo pode ser reduzido a termo e ficar registrado nos autos.⁴² Em regra, isso ocorre nas audiências (artigos 417 e 457 do Código de Processo Civil), mas os tribunais também costumam registrar os debates das sessões colegiadas em notas taquigráficas.⁴³ Outrossim, em algumas circunstâncias, os magistrados registram nos autos o conteúdo do diálogo havido oralmente com algum advogado ou promotor, a fim de dar publicidade ao fato.

É importante mencionar, também, que a oralidade do processo contemporâneo não perdeu as características de outrora, visto que, embora de maneira mais tênue, ainda propicia a concentração de atos, a celeridade e uma maior aproximação do magistrado com os personagens envolvidos no conflito, permitindo-lhe avaliar as características psicológicas de cada um.

O que harmoniza a oralidade com a forma escrita do processo é a redução a termo das manifestações orais. O problema é que esse mecanismo acarreta a perda de “sutilezas impossíveis de transcrição”.⁴⁴ Com efeito, existem detalhes relevantes que são presenciados pelas pessoas fisicamente presentes nas audiências e nos julgamentos, mas não são registrados nos autos. Inclusive, em algumas ocasiões, o que pesa mais na decisão não é o conteúdo das informações prestadas verbalmente, mas, sim, o modo como o depoente age diante do magistrado. Por tais motivos, o princípio da oralidade impõe um curto espaço de tempo entre a audiência e a decisão, com o propósito de permitir que o juiz, no momento de decidir, tenha, ainda, em sua memória, minúcias importantes do debate que presenciou.

⁴¹ Cf. CLEMENTINO, Edilberto Barbosa. *Processo Judicial Eletrônico*. Curitiba: Juruá Editora, 2007, p. 159.

⁴² Estenotipia, taquigrafia ou estenografia.

⁴³ O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal prevê determina várias tarefas de captação e transcrição do áudio das sessões, decisões etc., como nos artigos 93, 96, 316 e 358, entre outros. Inclusive, a Emenda Regimental 26, publicada no Diário da Justiça de 24 de outubro de 2008, versava justamente sobre os procedimentos para a transcrição de áudio.

⁴⁴ *Ibidem*.

A partir dessa concepção, surgiram os subprincípios da oralidade, que visam à proximidade entre o juiz e a fonte da prova oral, à concentração dos atos em audiência e à vinculação do magistrado com o processo em que colheu depoimentos. Estes pontos são fundamentais para que a oralidade seja praticada de modo equilibrado e apto a produzir resultados justos. Diante desses fatores, é imprescindível que a aplicação prática da Lei 11.419/06 não prejudique a oralidade processual.

Ressalte-se, primeiramente, que o artigo 1º desse diploma legal deixa claro que a forma oral é totalmente compatível com o processo eletrônico. Afinal, o *caput* desse dispositivo assenta que o uso de meio eletrônico será admitido na tramitação de processos judiciais, comunicação de atos e transmissão de peças processuais. Já o inciso I do § 2º desse artigo estabelece que meio eletrônico é qualquer forma de armazenamento ou tráfego de documentos e arquivos digitais. Ao utilizar as expressões “qualquer forma” e “documentos e arquivos digitais”, o legislador generalizou os formatos eletrônicos que podem ser aplicados nos autos virtuais.

Desse modo, textos, sons, imagens, gráficos, vídeos etc. são plenamente adaptáveis ao processo eletrônico⁴⁵ e, mais do que isso, são extremamente úteis, na medida em que conferem maior praticidade à produção e à apreciação de determinadas provas, especialmente as orais. Nesse passo, vale conferir o escólio de José Eduardo de Resende Chaves Júnior:

Já no processo eletrônico, a oralidade pode ser totalmente preservada — e até radicalizada — pois as audiências podem ser certificadas nos autos em sua pura verbalização sonora, através de arquivos eletrônicos de voz.

Mais do que simples oralidade, pode-se pensar inclusive na plena hiper-realização dos atos processuais, isto é, na preservação não só de dados sonoros, mas também imagéticos.⁴⁶

Tem razão o aludido autor. Os arquivos eletrônicos podem permitir uma “radicalização” do princípio da oralidade, na medida em que preservam muito mais do que a transcrição daquilo que foi falado. A tecnologia cotidiana, adotada pelo homem médio, possui plena capacidade de gravação dos conteúdos sonoros e visuais das audiências.

Assim, a principal vantagem que se extrai dessa ferramenta é o armazenamento fiel e integral, nos autos, do conteúdo da audiência. Se o arquivo for somente sonoro, os exatos termos proferidos pelos juízes, promotores, advogados, testemunhas, partes e serventuários ficarão ali registrados, para posterior oitiva dos operadores do processo, especialmente magistrados de segunda instância, os quais poderão apreciar a prova oral de uma maneira muito mais próxima da realidade, se comparada à mera redução a termo do que é falado em audiência. Se esta for gravada em vídeo, também será possível a visualização do que efetivamente ocorreu no conclave, como gestos, expressões corporais etc..

⁴⁵ “Desnecessários se fazem os registros escritos das provas produzidas em audiência, quando a instância recursal pode-se valer da mesma prova coletada pelo Juízo singular, pela simples gravação das audiências de instrução em arquivos de Computador (em formato MP3 ou similar), inclusive com imagens (formatos JPEG e outros), se preciso, sem necessidade de transcrições ou de outros meios que, filtrando a prova, muitas vezes podem fazer perderem-se sutilezas impossíveis de transcrição”. CLEMENTINO, Edilberto Barbosa. Op. cit., p. 161.

⁴⁶ CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. *Processo eletrônico contribui para satisfazer direito do cidadão*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-mai-18/processo_eletronico_contribui_satisfazer_direito_cidadao>. Acesso em: 27.05.2008.

Eis que já aplicada na prática, não há dúvida de que a videoconferência também poderá ser utilizada no processo eletrônico. Cumpre esclarecer que, neste trabalho, tal tema não será abordado na perspectiva do processo penal.⁴⁷ O que importa, para o presente estudo, é a sua utilização na esfera cível.

Por todos esses motivos, não há dúvida a respeito da plena capacidade de adoção da oralidade no processo eletrônico. Inclusive, Edilberto Barbosa Clementino é muito otimista neste ponto, uma vez que entende que a oralidade nos autos virtuais reduzirá o número de documentos escritos que instruem o processo, simplificará o rito processual e garantirá a perenidade da prova oral na sua integralidade, por intermédio de gravação em arquivo eletrônico de fácil armazenamento.⁴⁸ Realmente, a princípio, a tendência é concluir que a oralidade será muito bem aproveitada com o uso da tecnologia. Entretanto, como existem diferentes momentos de uso da forma oral no processo, serão necessárias providências peculiares em cada uma dessas circunstâncias, para evitar o desrespeito a essa garantia.

Nos julgamentos colegiados dos tribunais, em que ocorrem sustentações orais, leituras de relatórios e votos, assim como debates pelos magistrados, o processo eletrônico não acarretará significativa mudança de rotina. Talvez, no futuro, as sessões dos tribunais até passem a ser gravadas e disponibilizadas nos autos virtuais.⁴⁹ De qualquer maneira, com ou sem gravação, em virtude do parágrafo único do artigo 556 do Código de Processo Civil, os acórdãos permanecerão sendo produzidos e armazenados na forma escrita, com a diferença de que isso será feito na forma digital, com a assinatura eletrônica dos documentos, na forma da lei, isto é, dentro dos parâmetros da ICP-Brasil.

Com relação às audiências do processo eletrônico, a Lei 11.419/06 altera os artigos 169, 417 e 457 do Código de Processo Civil, para adaptá-las ao meio digital. Da leitura do parágrafo 2º do artigo 417 e do parágrafo 4º do artigo 457 do código,⁵⁰ depreende-se que a única diferença para o modelo tradicional é que, no processo eletrônico, reduzido o depoimento a termo ou produzida a ata de audiência na forma digital, a assinatura do juiz, dos procuradores, das partes e dos depoentes será feita pelo meio eletrônico, consoante os parágrafos segundo e terceiro do artigo 169 do código.⁵¹

⁴⁷ Antes da entrada em vigor da Lei 11.900/09, que autoriza em todo o país o uso de videoconferência para a realização de audiência com réus presos, a Lei Estadual 11.819/2005, de São Paulo, já abarcava essa permissão, o que gerou — e ainda gera — inúmeras discussões no Supremo Tribunal Federal. Alguns ministros entendem pela inconstitucionalidade formal da lei, em razão da invasão de competência exclusiva do Poder Legislativo federal. Outros, pela inconstitucionalidade material, em razão da violação ao princípio da ampla defesa. Outros a entendem constitucional, aplicando o princípio da ponderação de interesses etc.. Enfim, trata-se de um tema muito fértil, que poderia consumir inúmeras páginas do presente trabalho e desvirtuar o seu principal objetivo, mormente em razão da promulgação dessa nova lei federal. Por isso, optou-se por limitar o tema à sua análise na esfera cível.

⁴⁸ CLEMENTINO, Edilberto Barbosa. Op. cit., p. 161.

⁴⁹ Para antever este acontecimento, basta mencionar que o CNJ já transmite as suas sessões, ao vivo, pela *internet*.

⁵⁰ "Art. 417. (...)

§ 1º O depoimento será passado para a versão datilográfica quando houver recurso da sentença ou noutros casos, quando o juiz o determinar, de ofício ou a requerimento da parte.

§ 2º Tratando-se de processo eletrônico, observar-se-á o disposto nos §§ 2º e 3º do art. 169 desta Lei."
"Art. 457. (...)

§ 4º Tratando-se de processo eletrônico, observar-se-á o disposto nos §§ 2º e 3º do art. 169 desta Lei."

⁵¹ "§ 2º Quando se tratar de processo total ou parcialmente eletrônico, os atos processuais praticados na presença do juiz poderão ser produzidos e armazenados de modo integralmente digital em arquivo eletrônico inviolável, na forma da

Assim, no processo eletrônico, os atos praticados em audiência serão produzidos, reduzidos a termo e armazenados de modo integralmente digital, em arquivo eletrônico inviolável, na forma da lei — isto é, nos padrões da ICP-Brasil —, e serão assinados eletronicamente pelo juiz e pelo escrivão ou chefe de secretaria, bem como pelos advogados, testemunhas e partes.

Por isso, as audiências continuarão sendo realizadas no modelo tradicional, sem qualquer risco ao princípio da oralidade, mas, também, sem qualquer vantagem com relação ao método convencional. A diferença reside apenas no registro digital dos termos de depoimentos e das atas, bem como na utilização da assinatura eletrônica. Vale ressaltar que, se algum desses agentes do processo não possuir certificação digital de assinatura, poderá assinar o documento em papel, com caneta escura, para suas subseqüentes digitalização, certificação pelo escrivão ou chefe de secretaria e inclusão nos autos virtuais.

Ademais, o processo eletrônico ainda abre a possibilidade de gravar a audiência em arquivo de áudio ou vídeo. Nesse caso, o princípio da oralidade sofrerá um impacto muito positivo da informatização judicial, em razão do registro, nos autos, do exato conteúdo sonoro e/ou imagético da audiência. Inclusive, em tal circunstância, a redução a termo dos depoimentos servirá como uma garantia de cognição do que foi dito, em caso de falha da captação sonora, e viceversa. Afinal, quando a transcrição dos depoimentos estiver obscura, a gravação sonora e/ou visual também poderá esclarecer eventual dúvida. Dessa maneira, não haverá prejuízo à proximidade entre o juiz e a fonte da prova oral nem ao subprincípio da identidade física do juiz. Outrossim, permitirá o registro fiel do debate, para posterior análise dos juízes, desembargadores, ministros, advogados, promotores e demais agentes do processo.

Cumprir noticiar que, em fevereiro de 2009, teve início, na 2ª Vara de Tóxicos da Comarca de Belo Horizonte, o uso experimental de um sistema, oriundo a Portaria 691/2009, que registra o áudio das audiências em arquivo digital, reduzindo a termo automaticamente todo o conteúdo oral, através de um programa de estenotipia informatizada.⁵² Se a experiência for proveitosa e segura — isto é, imune a fraudes —, poderá ser adotada, para evitar que o serventuário tenha que digitar todo o conteúdo do debate.

Quanto à audiência por videoconferência, na esfera cível, é importante que sejam observadas algumas cautelas, para evitar a violação ao princípio da oralidade. O primeiro ponto a se destacar é que a audiência por videoconferência deve ocorrer em hipóteses excepcionais, visto que uma das principais qualidades do princípio da oralidade encontra-se justamente na proximidade do juiz com a fonte da prova. Embora a videoconferência permita o exercício da oralidade, ela é feita de uma maneira distante do juiz. De acordo com Soraya Amrani-Mekki, este método torna a oralidade “despersonalizada” e “desencarnada”, na medida em que o juiz fica sem contato físico com os

lei, mediante registro em termo que será assinado digitalmente pelo juiz e pelo escrivão ou chefe de secretaria, bem como pelos advogados das partes.

§ 3º No caso do § 2º deste artigo, eventuais contradições na transcrição deverão ser suscitadas oralmente no momento da realização do ato, sob pena de preclusão, devendo o juiz decidir de plano, registrando-se a alegação e a decisão no termo."

⁵² Disponível em: <www.tjmg.gov.br>. Acesso em: 20.03.2009.

protagonistas do processo.⁵³ No mesmo sentido, Jefferson Carús Guedes salienta que a videoconferência sacrifica a imediatidade, que é uma das características mais relevantes da oralidade.⁵⁴

Destarte, a videoconferência somente deverá ser utilizada nas situações excepcionais do artigo 410 do Código de Processo Civil.⁵⁵ Todavia, mesmo nesses casos, o prejuízo à oralidade não será tão grande, já que abrir-se-á mão da imediatidade, mas permitirá que o próprio juiz da causa colha o depoimento de todas as pessoas elencadas no rol das exceções desse artigo, com uma enorme economia de tempo e de custos. Afinal, apenas para exemplificar, a testemunha doente poderá depor do hospital, pela videoconferência, ao próprio juiz da causa; o mesmo ocorrendo com o ministro de Estado, que poderá fazê-lo de sua residência ou do seu gabinete.

CONCLUSÕES

No campo da oralidade, não há qualquer preocupação com a adoção do processo eletrônico.

Nos julgamentos colegiados dos tribunais, em que ocorrem sustentações orais, leituras de relatórios e votos, assim como debates pelos magistrados, o processo eletrônico não acarretará

⁵³ AMRANI-MEKKI, Soraya. *El Impacto de Las Nuevas Tecnologías Sobre La Forme del Proceso Civil*. Disponível em: <www.uv.es/coloquio/coloquio/Ponenc.htm>. Acesso em: 28.01.2009.

⁵⁴ “Por isso, pode-se afirmar que a informática jurídica, em seus mais recentes progressos, que incorporam a telemática, maior distância impõe entre o procedimento escrito e o procedimento oral, aprofundando as vantagens do primeiro. Tal vantagem decorre, principalmente, da afeição que os procedimentos escritos têm com as novas tecnologias. De outro lado, o procedimento oral, quando beneficiado pelas novas tecnologias, vê sacrificada algumas de suas características mais relevantes. Exemplo disso se dá na videoconferência, aproveitável para a audiência de testemunhas e partes, na qual se preserva a oralidade com desvanecimento de imediatidade — oralidade mediatizada”. GUEDES, Jefferson Carús. Op. cit., p. 166.

⁵⁵ Art. 410. As testemunhas depõem, na audiência de instrução, perante o juiz da causa, exceto:

I - as que prestam depoimento antecipadamente;

II - as que são inquiridas por carta;

III - as que, por doença, ou outro motivo relevante, estão impossibilitadas de comparecer em juízo (art. 336, parágrafo único);

IV - as designadas no artigo seguinte.

Art. 411. São inquiridos em sua residência, ou onde exercem a sua função:

I - o Presidente e o Vice-Presidente da República;

II - o presidente do Senado e o da Câmara dos Deputados;

III - os ministros de Estado;

IV - os ministros do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, do Superior Tribunal Militar, do Tribunal Superior Eleitoral, do Tribunal Superior do Trabalho e do Tribunal de Contas da União;

V - o procurador-geral da República;

VI - os senadores e deputados federais;

VII - os governadores dos Estados, dos Territórios e do Distrito Federal;

VIII - os deputados estaduais;

IX - os desembargadores dos Tribunais de Justiça, os juízes dos Tribunais de Alçada, os juízes dos Tribunais Regionais do Trabalho e dos Tribunais Regionais Eleitorais e os conselheiros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal;

X - o embaixador de país que, por lei ou tratado, concede idêntica prerrogativa ao agente diplomático do Brasil.

Parágrafo único. O juiz solicitará à autoridade que designe dia, hora e local a fim de ser inquirida, remetendo-lhe cópia da petição inicial ou da defesa oferecida pela parte, que arrolou como testemunha.

significativa mudança de rotina, mesmo que, no futuro, tais sessões passem a ser gravadas e disponibilizadas nos autos virtuais.

Nas audiências, os atos serão produzidos, reduzidos a termo e armazenados de modo integralmente digital, em arquivo eletrônico inviolável, na forma da lei — isto é, nos padrões da ICP-Brasil —, e serão assinados eletronicamente pelo juiz e pelo escrivão ou chefe de secretaria, bem como pelos advogados, testemunhas e partes.

Assim, as audiências continuarão sendo realizadas no modelo tradicional, sem qualquer risco ao princípio da oralidade, mas, também, sem qualquer vantagem com relação ao método convencional. A diferença reside apenas no registro digital dos termos de depoimentos e das atas, bem como na utilização da assinatura eletrônica. Convém ressaltar que, se algum dos participantes da audiência não possuir certificação digital de assinatura, poderá assinar o documento em papel, com caneta escura, para suas subseqüentes digitalização, certificação pelo escrivão ou chefe de secretaria e inclusão nos autos virtuais.

Se a audiência for gravada em arquivo de áudio ou vídeo, o princípio da oralidade sofrerá um impacto muito positivo da informatização judicial, em razão do registro, nos autos, do exato conteúdo sonoro e/ou imagético da audiência. Contudo, mesmo nesse caso, deverá haver redução a termo dos depoimentos, em razão da possibilidade de falha na captação sonora. Importa salientar que, dessa maneira, não haverá prejuízo à proximidade entre o juiz e a fonte da prova oral nem ao subprincípio da identidade física do juiz. Outrossim, permitirá o registro fiel do debate, para posterior análise dos juízes, desembargadores, ministros, advogados, promotores e demais agentes do processo.

Quanto à audiência por videoconferência, na esfera cível, é importante que ocorra apenas nas situações excepcionais do artigo 410 do Código de Processo Civil.

BIBLIOGRAFIA

ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. V. I. Parte Geral. 11ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

AMRANI-MEKKI, Soraya. *El Impacto de Las Nuevas Tecnologías Sobre La Forme del Proceso Civil*. Disponível em: <www.uv.es/coloquio/coloquio/Ponenc.htm>. Acesso em: 28.01.2009.

ANDOLINA, Italo Augusto. Crisi del giudicato e nuovi strumenti alternativi di tutela giurisdizionale. *Revista de Processo*. Vol. 150. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo. Influência do direito material sobre o processo*. 4ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil 1*. 2ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

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

CÂMARA, Alexandre Freitas. A Oralidade e o Processo Civil Brasileiro. In: *Escritos de Direito Processual*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2001.

_____. *Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais. Uma abordagem crítica*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro. *Procedure Orale et Procedure Ecrite*. Milano: Giuffrè, 1971.

CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. *Processo eletrônico contribui para satisfazer direito do cidadão*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-mai-18/processo_eletronico_contribui_satisfazer_direito_cidadao>. Acesso em: 27.05.2008.

CHIARLONI, Sergio. Giusto processo, garazie processuali, giustizia della decisione. *Revista de Processo*. Vol. 152. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

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

DINAMARCO, Candido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 13ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

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

GARCIA, Sergio Renato Tejada. *Processo Virtual: Uma Solução Revolucionária para a Morosidade*. Disponível em: <www.cnj.gov.br>. Acesso em: 10.12.2006.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. Vol. 2. 20ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

GRECO, Leonardo. *Garantias Fundamentais do Processo: O Processo Justo*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 17.11.2007.

GUEDES, Jefferson Carús. *O Princípio da Oralidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica. *Revista de Processo*. Vol. 155. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

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.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de Direito Processual Civil*. Vol. 1. 12ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

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.

INQUÉRITO POLICIAL, DEMOCRACIA E CONSTITUIÇÃO – MODIFICANDO PARADIGMAS

BRUNO VINÍCIUS DA RÓS BODART

Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Advogado.

RESUMO: Este trabalho visa analisar a possibilidade de participação do sujeito passivo na fase pré-processual da persecução penal, a fim de exercer influência sobre a formação da *opinio delicti* do Ministério Público acerca do processo ou não-processo. Será examinada a doutrina neoconstitucionalista, sua repercussão no Processo Penal e, especificamente, no Inquérito Policial, com uma proposta de superação da visão autoritária tradicional por uma visão democrática participativa.

Palavras-Chave: Inquérito Policial; Filtragem Constitucional; Direito de Influência; Democracia Participativa.

ABSTRACT: This work aims to analyze the possibility of participation of the taxable person in the pre-procedural criminal prosecution, in order to exercise influence over the formation of the *opinio delicti* of Public Prosecutor about the process or non-process. The neoconstitutional doctrine and its repercussion in Procedural Criminal Law will be examined, especially in the Police Inquest, in order to overcome the traditional authoritarian vision by means of showing the participatory democratic one.

Key Words: Police Inquest; Constitutional filtering; right of influence; Participatory Democracy.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Sistema jurídico e sistema processual penal – 3. Inquisitorialidade – 4. Sistema acusatório e Constituição – 5. Princípio da participação e inquérito policial – 6. Conclusão – Bibliografia.

Introdução

Afirmar que o inquérito policial caracteriza-se pela inquisitorialidade é lugar comum na doutrina. Sem muita reflexão, os autores utilizam a expressão “inquisitório” para designar três fenômenos distintos: (I) coisificação do sujeito passivo, que se torna mero objeto; (II) ausência de contraditório¹; (III) sigilosidade e escritura.

Ocorre que o jurista não pode se furtar de rever as bases de sua teoria, mormente quando se observa um corte epistemológico no ramo da ciência em que atua. E este corte ocorreu nas Ciências

¹ Adota este sentido, Guilherme de Souza Nucci: “O inquérito é, por sua própria natureza, inquisitivo, ou seja, não permite ao indiciado ou suspeito a ampla oportunidade de defesa, produzindo e indicando provas, oferecendo recursos, apresentando alegações (...)”. (NUCCI, 2009, p. 167)

Jurídicas com o neoconstitucionalismo, que se caracteriza por uma Constituição invasiva, que condiciona a legislação, a jurisprudência, a doutrina e os comportamentos dos atores políticos. Na lição de Paolo Comanducci (2002), a constitucionalização do Direito pressupõe: (I) a existência de uma Constituição rígida, que incorpora direitos fundamentais; (II) a garantia jurisdicional da Constituição; (III) a força vinculante da Constituição (que não é um conjunto de normas “programáticas”, mas sim “preceptivas”); (IV) a “sobreinterpretação” da Constituição (se lhe interpreta extensivamente e dela se deduzem princípios implícitos); (V) a aplicação direta das normas constitucionais, também para regular as relações entre particulares; (VI) a interpretação adequada das leis.

Se o ser humano é cada vez mais o centro das atenções do Direito, se recebeu tratamento diferenciado da nossa Carta Magna, se os mais importantes jusfilósofos contemporâneos preocupam-se sobremaneira com os seus direitos fundamentais de defesa (abstencionistas em relação ao Estado), prestacionais (de atuação material por parte do Poder Público), e de participação (influência na vida política do Estado), por que haveria o inquérito policial de marchar na contramão?

Eis a minha proposta: rever, em algumas linhas, os conceitos básicos que regem a primeira fase da persecução penal à luz da Constituição. O próximo capítulo responderá à seguinte pergunta: “por quê?”. Porque o Processo Penal está imerso em um sistema maior, com o qual deve guardar compatibilidade. Em seguida, indagarei: “como?”. A revisão do inquérito policial depende da exata compreensão do papel do indivíduo na sociedade e do papel do Estado perante o indivíduo. A maneira de se proceder a tal releitura, portanto, é seguindo os modernos postulados da democracia. Respondidas estas questões, passarei a enumerar quais as características que o nosso inquérito policial deve conter para adequar-se aos preceitos constitucionais.

Sistema jurídico e sistema processual penal

O que é inquisitorialidade? É possível chamar o nosso sistema processual penal de acusatório e ao mesmo tempo admitir que um de seus componentes seja a sua antítese, ou seja, inquisitório? Fixemos antes alguns conceitos.

O que é sistema? Sobre essa pergunta se debruçou Canaris. É um elemento comum a todas as ciências. O cientista é um atento observador, a procura de lógica no objeto de sua análise. Como o jurista estuda normas jurídicas, procurará sempre aspectos que lhe permitam estabelecer uma correlação entre todas elas². O conceito de sistema proposto por Canaris envolve sempre duas idéias: (I) *ordenação*, visto que exprime um estado de coisas intrínseco racionalmente apreensível (prisma ou lado científico do sistema), e, por conseqüência; (II) *unidade*, pois tem por fundamento um princípio ou pequeno conjunto de princípios que impede(m) a dispersão de seus elementos numa multiplicidade de valores singulares desconexos (prisma ou lado objetivo do sistema). O respeito à lógica sistemática traduz e realiza a adequação valorativa e a unidade interior da ordem jurídica, perfazendo-se em verdadeiro postulado. Os componentes de um sistema jurídico carecem

² Vale citar a precisa observação de Cândido Dinamarco (2001, p. 191): “O verdadeiro cientista do direito deve ter clara noção do modo como se inter-relacionam e interagem os conceitos de sua ciência e precisa remontar sempre, no estudo dos diversos institutos, aos grandes princípios que a regem”.

sempre de justificação axiológica e teleológica (realização dos escopos e valores), e não meramente lógico-formal, visando o seu núcleo fundante, para subsistirem. O sistema, segundo o jurista alemão é *uma ordem axiológica ou teleológica de princípios gerais de Direito, na qual o elemento de adequação valorativa se dirige mais à característica de ordem teleológica e o da unidade interna à característica dos princípios gerais* (2002, pp. 77-78).

Quando se fala em sistema processual penal, em verdade se está tratando de um subsistema menor em relação ao grande sistema do Direito, com “princípio constituinte” próprio³. Podemos chamar este princípio constituinte de sobreprincípio, princípio estruturante ou princípio vago. Quando o sistema processual penal for estruturado com base no princípio acusatório, deste decorrendo todos os demais princípios, estaremos diante de um sistema acusatório.

Como o sistema de Processo Penal é apenas um dos muitos sistemas que são englobados pelo ordenamento jurídico, o seu princípio estruturante (e, conseqüentemente, todas as normas que dele decorram) deve ser compatível com o princípio basilar do grande sistema, aquele que está no seu ápice e informa todas as demais normas jurídicas.

E qual é o fundamento do Direito? Neste ponto os jusfilósofos se dividem. Liberais igualitários, como Rawls e Dworkin, sustentam que os direitos fundamentais são a base e condição para a democracia⁴. Por sua vez, Habermas traça o raciocínio inverso no seu procedimentalismo ético, colocando o princípio da democracia como justificação para a existência de direitos fundamentais, com supedâneo na teoria do discurso. Há ainda a teoria da legitimação pelo procedimento de Niklas Luhmann, segundo a qual o Direito é válido em razão das decisões que estabelecem sua validade, como um ciclo que se justifica tão somente pela observância dos seus próprios postulados.

Não há aqui espaço para tal discussão. Entretanto, uma conclusão é certa: o Processo Penal deve ser democrático e pautar-se pelo respeito aos direitos fundamentais. Então, dependendo do que se entenda por inquisitorialidade, seremos obrigados a inferir que um procedimento inquisitório é inaceitável em face da nossa Constituição.

Inquisitorialidade

É chegado o momento de definir o conceito de inquisitorialidade. O recurso ao Direito romano, neste ponto, é essencial.

Superada a época em que toda a jurisdição criminal era exclusiva do Rei, observava-se primordialmente a existência de um procedimento público, a que se deu o nome de *cognitio*, realizado por delegatários do Governante que detinham extensos poderes de iniciativa, instrução e

³ “Em qualquer caso, uma parte dos princípios constituintes do sistema mais pequeno penetra, como ‘geral’, no mais largo e, inversamente, o sistema mais pequeno só em parte se deixa, normalmente, retirar dos princípios do mais largo”. (CANARIS, 2002, p. 79)

⁴ Gustavo Binenbojm (2003, p. 85) nos traz breve relato sobre a teoria de Dworkin: “Com efeito, uma democracia só pode ser verdadeiramente considerada o governo segundo a vontade do povo se os cidadãos são tratados como agentes morais autônomos, tratados com igual respeito e consideração. As ‘condições democráticas’ são, assim, os direitos fundamentais, reconhecidos pela comunidade política sob a forma de princípios, sem os quais não há cidadania em sentido pleno, nem verdadeiro processo político deliberativo. Os direitos fundamentais são, portanto, uma exigência democrática, antes que uma limitação à democracia”

deliberação, até mesmo devido à ausência de forma definida. A *cognitio* era iniciada de ofício, não tinha procedimento formal estabelecido em lei e nem partes, sendo que o acusado tinha o dever de colaborar com o magistrado, não podendo negar-se a dar respostas no interrogatório – baseava-se, assim, na chamada *inquisitio*. Por fim, o inquisidor poderia aplicar a punição (*coercitio*) de forma discricionária.

Contudo, exceto nos delitos militares e políticos, havia para o acusado a *provocatio ad populum*, que nada mais era que um recurso da decisão proferida pelo magistrado, levando o feito a julgamento em comícios populares, precedido de um procedimento denominado *anquisitio*, dividido em três sessões na presença do povo, onde o acusado poderia defender-se e convencer o magistrado a não pronunciar sua pena perante a assembleia popular. Caso fosse condenado ao fim da *anquisitio*, poderia o acusado interpor a *provocatio*, e a decisão final (*judicium populi*) era feita com base em votações secretas. Conforme aponta Geraldo Prado, este período, conhecido como *comicial*, revelou-se já na República, insuficiente para a necessidade social de repressão da criminalidade. Prossegue o autor, assinalando que *com o passar do tempo, o poder de império próprio da inquisitio foi sendo limitado às decisões absolutórias, na medida em que das condenatórias se recorria, transformando-se a inquisitio em mero procedimento instrutório* (2006, pp. 74-77).

Após a *cognitio*, com o advento da República em Roma, é criada a *accusatio*⁵, chamada também de *judicium publicum* ou *quaestio*, utilizada em delitos contra a ordem pública, e consistia em conceder ao particular, mais comumente ao ofendido, a prerrogativa de, por sua conta, reunir provas da ocorrência do fato criminoso e imputá-lo a um determinado acusado diante da Assembleia do povo, precedidamente da *inquisitio* ou não. Dava-se, portanto, a qualquer do povo a oportunidade de mover a ação penal, desde que fundadamente – *nemo in iudicium tradetur sine accusatione*.

Pode-se notar, destarte, que o modelo processual na República Romana era público e oral, regido pelo contraditório, atribuindo-se exclusivamente às partes a produção probatória.

No Império, que seguiu-se à República, cada vez mais os magistrados concentravam em suas mãos amplos poderes, sob a escusa de se perseguir a verdade real a qualquer custo, chegando mesmo, segundo Manzini, a assumir todas as atribuições que competem hoje ao Ministério Público.

O procedimento de iniciativa do magistrado era exceção e denominava-se *cognitio extra ordinem*, mas tornou-se a regra no Império de Diocleciano, com a promulgação da *de pedaneis iudicibus*, ditada por Maximiano. Diversamente do que ocorria na *cognitio* anterior, na *extra ordinem* o magistrado tinha vasto poder investigatório, lançando mão, inclusive, da tortura. A oralidade e a publicidade ainda vigoravam mesmo no procedimento *extra ordinem*, mas, em virtude do amplo

⁵ João Mendes de Almeida Júnior faz a seguinte consideração a respeito da *accusatio*: “O acusador recebia do magistrado uma comissão (legem) com poderes para o inquérito e com fixação de um prazo, dies inquirendi, para proceder às diligências. Esta comissão, verdadeira delegação do poder judiciário, dava ao acusador o direito de dirigir-se aos lugares, coligir indícios, visitar e ouvir testemunhas, notificá-las para o comparecimento no dia do julgamento, proceder a arresto de documentos e coisas necessárias à prova, tirar cópias e requerer autenticações, e mesmo as buscas e apreensões penetrando na casa do acusado e de seus amigos, para o que, no caso de resistência, recorria ao magistrado do lugar. Esta *inquisitio* era contraditória, isto é, feita pelo acusador na presença do acusado.” (1959, p. 224)

poder atribuído ao julgador, o sigilo e a escritura acabaram por prevalecer ao longo do tempo, servindo de inspiração para a Inquisição que viria a ocorrer na Idade Média.

Verifica-se nesta análise histórica, portanto, que a inquisitorialidade tem por característica a reunião das funções de acusar, defender e julgar em um só sujeito, o inquisidor. Aliás, quando a função de defender não compete ao acusado, é certo que este se torna alheio à persecução penal – não é um sujeito, mas mero objeto desta. Frise-se, desde logo, que não é correto falar em “processo inquisitório”, o que seria uma contradição nos próprios termos⁶. A ausência de contraditório é apenas consequência da inexistência de partes, bem como a sigilosidade e a escritura são elementos meramente acidentais de um procedimento inquisitório⁷.

Luigi Ferrajoli, ao idealizar um sistema penal garantista⁸, estabeleceu a existência de dez axiomas que o sustentariam. Interessa à nossa abordagem o estudo de dois desses axiomas.

O axioma *nulla probatio sine defensione* traduz o princípio do *contraditório* (ou da defesa, ou da falseabilidade), cuja falta ou supressão em um ordenamento faz surgir um modelo de processo penal autoritário, denominado pelo referido mestre de *sistema de mera legalidade*. Nas suas palavras, se acusação e defesa forem, como no sistema de mera legalidade, “*apenas argumentáveis, mas não ainda verificáveis e contestáveis, estas mesmas garantias só estarão presentes em sentido lato*” (2006, p. 96).

Já da subtração do princípio *acusatório* ou da separação entre juiz e acusação, resultante do axioma *nullum iudicium sine accusatione*, deriva o *sistema sem acusação separada*, que configura o *método inquisitivo*.

Desta maneira, resta claro o núcleo fundante do sistema inquisitório, que nos dizeres de Ferrajoli “*aparece em todos os ordenamentos nos quais o juiz tem funções acusatórias ou a acusação tem funções jurisdicionais*” (2006, p. 96).

Sistema acusatório e Constituição

Fixado, então, o conceito de inquisitorialidade, a próxima pergunta a ser respondida é: é possível chamar o nosso sistema processual penal de acusatório e ao mesmo tempo admitir que um de seus componentes (inquérito policial) seja a sua antítese, ou seja, inquisitório?

O sistema acusatório encontra supedâneo no princípio acusatório (*nullum iudicium sine accusatione*), cuja natureza jurídica é de sobreprincípio (ou princípio vago, ou ainda princípio estruturante, na nomenclatura de Canotilho). Serve, assim, de parâmetro formal e material para o

⁶ Ada Pellegrini Grinover esclarece: “É só no processo acusatório que o juízo penal é o *actum trium personarum*, de que falava Búlgaro, enquanto no processo inquisitório a investigação unilateral a tudo se antepõe, tanto que dele disse Alcalá-Zamora não se tratar de processo genuíno, mas sim de forma autodefensiva da administração da justiça. Onde aparecer o sistema inquisitório poderá haver investigação policial, ainda que dirigida por alguém chamado juiz, mas nunca verdadeiro processo.” (2000, p. 78)

⁷ É a lição de Flávio Mirza: “Costuma-se afirmar que tal sistema (inquisitivo) possui como características o sigilo e a escritura. Não parece ser esse o melhor entendimento, pois os mesmos podem estar presentes em qualquer dos sistemas processuais penais, não lhes sendo essenciais.” (2003, p. 1)

⁸ Que não se confunde com o sistema acusatório. O sistema penal garantista reúne elementos de Direito Penal e de Direito Processual Penal, e contrapõe-se aos chamados sistemas autoritários.

surgimento (e interpretação) de outros princípios, produzindo sobre eles uma eficácia rearticuladora, integradora, construindo, por conseqüência, um microsistema no ordenamento jurídico.

O princípio acusatório, sob esta ótica, é a versão do *due process of law* no campo do Processo Penal, encontrando fundamento último na dignidade da pessoa humana e consistindo em inferência da cláusula do Estado democrático de direito.

Um “processo penal justo” (ou seja, um *due process of law* processual penal), instrumento garantístico que é, deve promover a separação entre as funções de acusar, defender e julgar, como forma de respeito à condição humana do sujeito passivo, e este mandado de otimização é não só o fator que dá unidade aos princípios hierarquicamente inferiores do microsistema (contraditório, isonomia, imparcialidade, inércia), como também informa e vincula a interpretação das regras infraconstitucionais.

Sendo assim, me parece impossível afirmar que o inquérito policial é marcado pela inquisitorialidade, negando ao investigado qualquer atuação digna da sua condição de ser humano, devendo este apenas curvar-se aos atos estatais e contentar-se com a sua condição de objeto. Definitivamente, é esta a visão de Tourinho Filho⁹, completamente inquinada por um discurso organicista¹⁰.

A inquisitorialidade está ligada a regimes de exceção, como se pode divisar desde o Egito antigo, passando pela *cognitio extra ordinem* do Império Romano, até os Tribunais da Inquisição medievais. A escusa é sempre a mesma – permitir a manutenção da segurança pública e impedir a subversão da ordem instituída, o que acarretaria a fragilização do Estado frente a uma pretensa ameaça (que nunca se sabe ao certo explicar qual é). Cada pessoa abdicaria (ou seria forçada a tanto) de seus direitos em prol do atingimento dos interesses sociais, que na realidade se cingem aos interesses dos que governam.

Tal diretriz organicista não se harmoniza com os valores consagrados pela Constituição. Os direitos e garantias fundamentais constituem a reserva de justiça da nossa Lei Maior, e não deverá perdurar nenhum preceito que seja capaz de desvirtuar o seu sentido¹¹.

⁹ “O inquérito também é inquisitivo. Fácil constatar-se-lhe esse caráter. Se a Autoridade Policial tem o dever jurídico de instaurar o inquérito, de ofício, isto é, sem provocação de quem quer que seja (salvante algumas exceções); se a Autoridade Policial tem poderes para empreender, com certa discricionariedade, todas as investigações necessárias à elucidação do fato infringente da norma e à descoberta do respectivo autor; se o indiciado não pode exigir sejam ouvidas tais ou quais testemunhas nem tem o direito, diante da Autoridade Policial, às diligências que, por acaso, julgue necessárias, mas, simplesmente, pode requerer a realização de diligências e ouvida de testemunhas, ficando, contudo, o deferimento ao prudente arbítrio da Autoridade Policial, nos termos do art. 14 do CPP (...) Se o inquérito policial é eminentemente não contraditório, se o inquérito policial, por sua própria natureza, é sigiloso, podemos, então, afirmar ser ele uma investigação inquisitiva por excelência. Durante o inquérito, o indiciado não passa de simples objeto de investigação” (TOURINHO FILHO, 2003, pp. 204-206)

¹⁰ Nos dizeres de Daniel Sarmento, o organicismo é uma teoria onde “prioriza-se o Estado e a comunidade política em detrimento do indivíduo, partindo-se da premissa de que a realização dos fins coletivos, sob a responsabilidade do organismo superior encarnado pelo Estado, deve constituir o objetivo máximo de cada componente da comunidade.” (2007, p. 53)

¹¹ Segundo Flávia Piovesan, “A dignidade da pessoa humana, vê-se assim, está erigida como princípio matriz da Constituição, imprimindo-lhe unidade de sentido, condicionando a interpretação das suas normas e revelando-se, ao

Definitivamente, a coisificação do homem como meio de conferir ao Estado ampla liberdade investigativa, o que supostamente proporcionaria um melhor conhecimento sobre as possíveis infrações penais praticadas, é uma idéia que deve ser deixada para trás, nos tempos espúrios de ditadura sofridos neste país. Não se pode mais imaginar um Estado-investigador como um ser de retidão indiscutível, no melhor estilo *The King can do no wrong*, detentor de interesses supremos, os quais as liberdades individuais jamais seriam capazes de melindrar, devendo, ao contrário, curvar-se diante daqueles anseios maiores. É conhecida a doutrina de Kant, que colocava como necessidade moral absoluta, como imperativo categórico, tratar sempre o indivíduo como um fim, e nunca apenas como meio, em razão da dignidade que lhe é intrínseca.

Nenhum procedimento estatal no ordenamento pátrio pode ser inquisitório, retirando do investigado a qualidade de sujeito e transformando-o em mero objeto, pois, como já enunciava Cesare Beccaria: “*No vi é libertà ogni qualvolta le leggi permettono che, in alcuni eventi, l’uomo cessi de essere persona e diventi cosa*”¹². Esta noção fora reproduzida pela Carta Magna de 1988, em razão de sua vocação personalista, e por conseqüência “*nenhum indivíduo pode ser tratado como meio para o atingimento de fins sociais, por mais relevantes que sejam estes*”¹³.

Os autores brasileiros da atualidade são categóricos ao negar uma atuação arbitrária e unilateral da autoridade policial, conclamando aquilo que é tão evidente, mas que o ditatorialismo tratou de obnubilar durante tanto tempo:

“O sujeito passivo não deve mais ser considerado um mero *objeto* da investigação, pois, em um Estado de Direito como o nosso, existe toda uma série de garantias e princípios de valorização do indivíduo que exigem uma *leitura constitucional* do CPP, no sentido de adaptá-lo à realidade.” (LOPES JR, 2006, p. 145)

Com este pensamento anui Fauzi Choukr: “*O modelo não pode prescindir de um respeito à figura do suspeito, exteriorizado no sentido de vê-lo como sujeito das investigações e não como seu objeto*” (2006, p. 139).

Esta perspectiva personalista do inquérito policial vem afetando, felizmente, as decisões do pretório excelso, conforme trecho de decisão proferida no HC 94173 MC/BA, Rel. Min. Celso de Mello:

“(...) mesmo na fase pré-processual da “*informatio delicti*”, a pessoa sob investigação não se despoja de sua essencial condição de sujeito de direitos e de garantias indisponíveis, cujo desrespeito põe em evidência a censurável face arbitrária do Estado.”¹⁴

A ilação que construímos diante destas explanações é a de que não se pode mais falar em inquisitorialidade do inquérito policial. E nem se pense em buscar fundamento para sua subsistência na etimologia da palavra “inquérito”, derivada do latim *quaeritare*, que significa “buscar”,

lado dos Direitos e Garantias Fundamentais, como cânone constitucional que incorpora “as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro.” (2000, pp. 54-55)

¹² Em tradução livre “*Não há liberdade toda vez que as leis permitem que, em alguns eventos, o homem deixe de ser pessoa e torne-se coisa*”. (BECCARIA *apud* TROCKER, 1974, p. 393)

¹³ Citando Carlos Santiago Nino: SARMENTO, 2007, p. 64

¹⁴ Trecho das transcrições no informativo 503 STF, HC 94173 MC/BA, Rel. Min. Celso de Mello, decisão proferida em 01/08/2008

“procurar”, não carreando nenhum sentido de arbitrariedade ou de unilateralidade impassível. Também não se pode recorrer ao art. 107 CPP, que versa sobre a impossibilidade de opor suspeição às autoridades policiais – isso decorre do feitiço administrativo do inquérito, não consistindo em resquício de inquisitorialidade. Outrossim, é errado calcar uma suposta inquisitorialidade na falta de contraditório, no sigilo externo ou na escritura característicos do procedimento persecutório preliminar, vez que, como já visto, nenhum destes elementos é a essência do modelo inquisitivo.

Resta, por conseguinte, aludir à *administratividade* como caráter ínsito ao inquérito policial. Por meio desta expressão é possível demonstrar a não jurisdicionalidade do feito, sem descuidar do acatamento aos princípios do Direito Administrativo e das formas de controle da atuação dos órgãos administrativos.

Um destes princípios, notadamente, revela-se imprescindível ao nosso estudo, pois que traduz uma aproximação entre Estado e administrados, algo de que tanto carece a instrução preliminar, perfazendo-se ao mesmo tempo no melhor mecanismo de controle e de legitimação do Poder Executivo: é o princípio da participação.

Princípio da participação e inquérito policial

Estado democrático é aquele que reconhece os indivíduos como seres livres e plenamente capazes de decidir acerca de seus próprios destinos, pelo que todas as condutas dos Poderes Públicos devem estar fulcradas, em maior ou menor grau, na vontade manifestada por aqueles que são os seus destinatários. No modelo democrático, o Estado é um instrumento a serviço do regular desenvolvimento dos direitos fundamentais do ser humano, e não o contrário. A legitimação, neste contexto, figura simultaneamente como combustível e como limite das atuações do Legislativo, do Judiciário e do Executivo.

A primeira forma de legitimação da Administração Pública é a estrita observância dos ditames do bloco de legalidade, pautando seus atos pelas normas constitucionais e infraconstitucionais, em deferência ao princípio da juridicidade.

Este é o principal pilar da democracia representativa – a vontade do povo, expressa por meio de seus representantes e consubstanciada na lei vincularia as práticas do administrador público, que deveriam ainda, e principalmente, nortear-se pelos princípios consagrados na Constituição, sendo este mais um “filtro de legitimação”.

Todavia, é notório que o discurso da representatividade não mais obtém respaldo na complexa sociedade moderna, que não encontra espaço para suas diversas aspirações nos desorientados e malversados partidos políticos. Como constata Patrícia Baptista, “*Tradicionalistas intermediários entre o povo e o poder, os partidos acham-se quase reféns dos interesses de grupos. A representação política dá lugar à representação de interesses*” (2003, p. 123). Para além do fato de estar sujeito aos mandos dos detentores do poder econômico, não raro o mesmo grupo político controla tanto o Executivo, como o Legislativo, aviltando a separação dos Poderes e exautorando o princípio da legalidade como fundamento legitimador da Administração Pública. Este fenômeno não é observado só no Brasil, pois, como alerta Gustavo Binenbojm: “*é uma realidade dos Estados de raiz ocidental o fato de que, em larga medida, o Executivo, seja por meios legítimos, seja por*

métodos menos nobres, controla o processo legislativo, quer no sistema parlamentarista, quer no presidencialista” (2006, p. 135).

Neste espaço, desponta uma Administração Pública consensual, que tem por escopo não impor suas decisões unilateralmente, mas, pelo exercício de uma influência recíproca para com os administrados, conduzi-los ao comportamento que entender mais adequado ao interesse público. A influência, como um conceito mais amplo do que o de ‘poder’ (que é a influência dotada de imperatividade), seria a *“relação entre dois agentes, em que um agente induz outros agentes a agirem por uma forma que de outra maneira não agiriam”* (DINAMARCO, 2008, p. 129). Este é o novo rosto do Estado contemporâneo, como vislumbrado por Bobbio: *“O Estado de hoje está muito mais propenso a exercer uma função de mediador e de garante, mais do que a de detentor do poder de império”* (1987, p. 26).

Permitindo a influência dos interessados na produção do ato de poder, o Estado se insufla de legitimação, dado que o resultado terá um grau de aceitação maior – a participação é justamente a influência exercida por aqueles sobre quem o poder se exerce (DINAMARCO, 2008, p. 133).

A democracia representativa é, então, democratizada, permitindo o advento de uma democracia participativa (CANOTILHO, 1997), fazendo com que o procedimento assuma importância capital no Direito Administrativo. Explica Vasco Pereira da Silva:

“o titular de um direito fundamental goza, em virtude disso, do direito a que qualquer decisão administrativa que lhe diga respeito e que, portanto, esteja em condições de afectar o seu domínio privado constitucionalmente protegido, seja tomada na seqüência de um procedimento administrativo, de modo a permitir ao privado defender-se preventivamente de qualquer agressão por parte da Administração.” (apud BAPTISTA, 2003, pp. 239-240)

Não temos dúvidas em afirmar que o princípio da participação, consectário do direito de influência, é perfeitamente aplicável ao inquérito policial.

Cabe desde logo expungir o intrujo que vem sendo repetido na doutrina até hoje, de que não há nenhuma manifestação de poder do Estado no inquérito policial, e sim a produção de um mero relatório não opinativo da autoridade policial. Esquecem-se os que assim se posicionam de que com base nas informações colhidas no inquérito policial podem ser decretadas medidas cautelares pessoais ou reais; o investigado, além de ter subtraída sua moral, pode se ver privado de seus bens e até de sua liberdade. Isso sem contar que muitas vezes o que era para ser cautelar se torna verdadeira antecipação de pena, pela escusa da manutenção da ordem pública, na inconstitucional prisão temporária, etc.

E se o inquérito policial finda com um relatório, deve-se recordar também que ele está contido na primeira fase da persecução penal, que só termina com a propositura da denúncia ou com o arquivamento do inquérito. A denúncia é inegavelmente um ato de poder, pois sujeita o indivíduo às cerimônias degradantes, acoimando-o a sentar-se no banco dos réus diante de toda a sociedade, sendo incontestável que, como sustentava Carnelutti, *la pena si resolve nel giudizio e il giudizio nella pena*. Aliás, esta é a principal função do inquérito, servir de filtro processual para que a denúncia não seja exercida desarrazoadamente, sem uma justa causa – não fosse por prevenir a

acusação de inocentes e não se considerando isso um abuso da potestade estatal, o inquérito policial não teria nenhuma utilidade relevante.

Mas a participação do investigado no procedimento pré-processual não se fundamenta no princípio do contraditório, já que o Estado não exerce nesta fase nenhuma pretensão contra o indivíduo. Admitir o contrário é afirmar que o Ministério Público é um acusador sistemático, o que é inaceitável. E, como aponta Fazzalari: “*L’essenza stessa del contraddittorio esige che vi partecipino almeno due soggetti, un «interessato» e un «controinteressato»: sull’uno dei quali l’atto finale è destinato a svolgere effetti favorevoli e sull’altro effetti pregiudizievoli*” (1994, p. 85).

Devemos lembrar, então, que o contraditório não é a única manifestação da democracia participativa na nossa Carta Magna. Este escopo da nossa “Constituição Cidadã” resta patente em diversos dispositivos, a saber: art. 10; arts. 198, III e 204, II; art. 206; art. 216, § 1º; art. 194, p. u., VII; art. 37, § 3º, etc. E duas normas, em especial, fundamentam a atuação do sujeito passivo no inquérito policial: o direito de petição (art. 5º, XXXIV, *a*, CR/88) e o direito de obter informações dos órgãos públicos (art. 5º, XXXIII, CR/88).

Dessarte, com base no direito de petição¹⁵, o sujeito passivo tem a prerrogativa de manifestar-se no curso do inquérito, formulando petições, requerendo diligências e, principalmente, sendo ouvido pela autoridade policial – como se pode depreender de uma leitura constitucional, que propomos, do art. 6º, IV do CPP: “*Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá: ouvir o indiciado, com observância, no que for aplicável, do disposto no Capítulo III do Título VII, deste Livro, devendo o respectivo termo ser assinado por duas testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura*”.

É claro que nos casos de abuso deste direito, postulando o sujeito com o fito manifestamente protelatório, ser-lhe-á recusada a intervenção, mas sempre de forma fundamentada e pautada pela máxima da proporcionalidade. Essa é a interpretação constitucional que deve ser feita do art. 14 do CPP, que dispõe: “*O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade*”. Isto nada tem que ver com inquisitorialidade ou “*arbítrio da autoridade policial*”, como é corriqueiramente afirmado.

Por outro lado, muito embora o inquérito deva ser sigiloso em relação ao público (sigilosidade externa), para proteger a imagem do investigado, este tem o direito de consulta aos autos, até porque sem isto estaria impedido de participar da formação da *opinio delicti* do Ministério Público. Vigem no inquérito policial, desta feita, a publicidade interna, de modo que o suspeito ou seu advogado só poderão ser impedidos de conhecer do constante nas peças do procedimento ou de participar das diligências quando isto se mostrar absolutamente incompatível com a efetividade das investigações, em uma ponderação legítima entre os valores liberdade e segurança (*ex parte populi e ex parte principe*), cabendo sempre a impetração de *habeas corpus* ou mandado de segurança,

¹⁵ No magistério de Binenbojm (2006, p. 131): “*Com efeito, o direito de petição aos órgãos públicos é direito público subjetivo dos particulares que gera, em contrapartida, o poder-dever (aqui está a norma habilitadora) administrativo de responder, fundamentadamente, ao postulado perante o Poder Público. Diz-se assim, que mais que um direito de postular, a Constituição assegura diretamente um direito a uma resposta fundamentada.*”

conforme o caso, para corrigir abusos. Neste sentido, o art. 7º, XIV, da lei 8906¹⁶ e o 14º enunciado da súmula vinculante do STF¹⁷.

Conclusão

O CPP deve ser adequado à era em que vivemos. O Processo Penal não é uma categoria estanque, sendo, antes, nos dizeres de Roxin, o sismógrafo da Constituição do Estado (2000, p. 10). Por isso as mudanças na estrutura política conduzem a transformações no procedimento penal.

Exercer a democracia, hoje, não se cinge ao exercício do direito de voto¹⁸. O Estado anseia por legitimidade, pelo que sempre que um indivíduo sofrer de forma mais gravosa as consequências de um ato estatal, ser-lhe-á assegurado previamente o direito de influenciar na tomada da decisão, estimulando a sua adoção ou pleiteando seu abandono. É o que se tem chamado de democracia participativa, e inegavelmente deve informar também o inquérito policial, como procedimento que leva a um dos mais severos provimentos estatais: a denúncia. O inquérito policial deixa, assim, de ser inquisitório e passa a ser participativo.

Bibliografia

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. O Processo Criminal Brasileiro. V. I, 4ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1959.

BAPTISTA, Patrícia. Transformações do Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. Direito Político: Uma democracia em vias de transformação. *In* Revista de Direito da associação dos procuradores do novo Estado do Rio de Janeiro. Vol. VI. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

BINENBOJM, Gustavo. Direitos Humanos e Justiça Social: as idéias de Liberdade e Igualdade no final do século XX. *In* Revista de Direito da associação dos procuradores do novo Estado do Rio de Janeiro. Vol. XII. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BINENBOJM, Gustavo. Uma Teoria do Direito Administrativo. Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização. Renovar, 2006.

BOBBIO, Norberto. Estado, governo e sociedade. 4ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito. Trad. A. Menezes Cordeiro. 3ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002.

¹⁶ “São direitos do advogado: examinar em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos”

¹⁷ “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.”

¹⁸ Explica Celso Ribeiro Bastos: “Temos hoje uma superação da democracia representativa que se mede no grau de participação de determinados setores da sociedade na gerência da coisa pública. Isto vale, no entanto, mais como um prenúncio do que como uma constatação da nossa realidade. Há uma gradativa descrença do povo nos seus representantes. Isto tem deixado espaço para novas formas de o povo interferir no Estado.” (2000, p. 161)

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1997.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias Constitucionais na Investigação Criminal*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- COMANDUCCI, Paolo. *Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico*. Trad. Miguel Carbonell. In “Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho”, nº 16, 2002.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- DINAMARCO, Cândido Rangel, *Instituições de Direito Processual Civil*, Vol. 1, São Paulo: Malheiros Editores, 2001.
- FAZZALARI, Elio. *Instituzioni di diritto processuale*. VII ed. Padova: cedam. 1994.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal*. Tradutor Juarez Tavares. 2ª ed. RT, 2006.
- LOPES JR., Aury. *Sistemas de investigação preliminar no Processo Penal*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- MIRZA, Flávio. *Os Sistemas Processuais e o Processo Penal Brasileiro - breves notas*. Artigo publicado no sítio www.mundojuridico.adv.br em 14.04.2003.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2009.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 4ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório - A conformidade constitucional das leis processuais penais*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: ed. del Puerto, 2000.
- SARMENTO, Daniel. *Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional*. In *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstituindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. Vol. I. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- TROCKER, Nicolò. *Processo Civile e Costituzione*. Milano: Giufrè, 1974.

A RELEITURA DO ENUNCIADO Nº 33 DA SÚMULA DO STJ

A NEW INTERPRETATION OF ARTICLE Nº 33 OF STJ ABRIDGMENT

ELAYNE MARIA SAMPAIO RODRIGUES MAHLER

Procuradora do Estado do Rio de Janeiro. Professora da Universidade Católica de Petrópolis. Professora da Fundação Escola do Ministério Público do Rio de Janeiro. Mestranda em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ.

Resumo: no presente trabalho se busca analisar os efeitos da alteração introduzida pela Lei nº 11.280/06 sobre os arts. 112, 114 e 305, todos do Código de Processo Civil. Diante da inovação introduzida por esta lei, emergem questões que, à primeira vista, estão excepcionando as noções básicas de que matérias que dizem respeito exclusivamente às partes não podem ser analisadas de ofício pelo juiz e, ainda, a concepção de que não existe preclusão para juiz. O objetivo aqui traçado é o de levar ao leitor as principais considerações sobre estas questões diante das novas concepções sobre a decretação da incompetência relativa e a possibilidade do seu declínio *ex officio* pelo juiz na hipótese de cláusula de eleição de foro em contratos de adesão. Nas observações conclusivas do trabalho se procura demonstrar que o enunciado n. 33 da súmula do STJ merece nova releitura até que aquela corte se manifeste e delibere pontualmente sobre os efeitos da Lei nº11.280/06.

Palavras-chave: contrato de adesão com cláusula de eleição de foro - reconhecimento *ex officio* de incompetência relativa – preclusão temporal para o juiz - preclusão de ordem pública.

Abstract: this study seeks to analyze the effects of the amendments made by Law nº 11280/06 in sections 112,114 and 305, all in the Code of Civil Procedures. From the innovation introduced by the referred law, some questions have arisen. Questions that, at first glance, exclude the basic notions that matters concerning exclusively to the parties cannot be analyzed *ex officio* by the judge, and that preclusion for the judge does not exist. The objective described here aims to lead the readers to the main considerations about these issues in view of the new concepts about the enactment of relative incompetence and the possibility of its decline *ex officio* by the judge on the hypothesis of a choice of jurisdiction clause in adhesion contracts. The conclusive remarks of this work are meant to demonstrate that article nº 33 of STJ (Superior Court of Justice) Abridgment deserves a new interpretation, and that the Court should express itself and deliberate promptly on the effects of Law nº 11280/06.

Keywords: adhesion contract with choice of jurisdiction clause - *ex officio* recognition of relative incompetence - temporal preclusion for the judge - public order preclusion.

I. Breve histórico do reconhecimento *ex officio* da incompetência relativa:

O legislador do Código de Processo Civil de 1973 estabeleceu três critérios de fixação de competência interna, quais sejam, *objetivo*, *funcional* e *territorial*, adotando, assim, na sistemática do processo civil brasileiro, a teoria de Chiovenda sobre a fixação da competência. O *critério objetivo* - como é cediço - é aquele que fixa a competência em razão do valor da causa ou em relação à matéria (art. 91); o *critério funcional*, por sua vez, relaciona-se com a distribuição das funções judiciais que serão exercidas em um mesmo processo ou mesmo em processos distintos e, por fim, o *critério territorial*, que é aquele que leva em consideração aspectos que dizem respeito à “*posição geográfica*”, na medida em que busca “*aproximar o Estado juiz dos fatos ligados à pretensão manifestada pelo autor*”¹.

A adoção deste critério, no entanto, não se ajustou plenamente à realidade jurídica brasileira. Isto porque diversas questões pertinentes à competência restaram sem solução pelo legislador do Código de Processo Civil. Basta pensar, por exemplo, na fixação da competência tendo por critério a análise da *pessoa (ratione personae)*, que a despeito de ter sido adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, como se observa em normas constitucionais (v.g. art. 109, da CF), não consta daquele diploma legal.²

De qualquer forma, estas normas que fixam a competência na sistemática do Código de Processo Civil ora são normas *imperativas e cogentes* e ora são normas apenas *dispositivas*. As normas cogentes são aquelas estabelecidas para atender critérios de “*ordem política*”³, em que o interesse público recomenda a sua absoluta observância pelo jurisdicionado, de modo que não podem ser alteradas sob pena de prejuízo ao funcionamento do próprio Poder Judiciário, razão pela qual, se desrespeitadas, acarretam a *incompetência absoluta*. As normas dispositivas, por sua vez, são aquelas fixadas para atender ao interesse das partes, estando, portanto, sujeitas a prorrogação e derrogação, e a sua não observância acarreta apenas a *incompetência relativa*.

Deste modo, hoje, é uniforme na doutrina e na jurisprudência a exegese segundo a qual as normas que fixam a competência em razão da matéria e em razão do critério funcional são normas imperativas, enquanto que as normas que fixam a competência em razão do valor da causa e em razão do território são normas dispositivas, excetuando-se, no entanto, a parte final do art. 95, do CPC, que, a despeito de ser regra de fixação de competência pelo critério territorial, é uma norma cogente e, portanto, de caráter absoluto.

Na sistemática originária introduzida ao Código de Processo Civil, na hipótese de incompetência absoluta, deve o juiz, logo na primeira oportunidade em que for se manifestar nos autos, reconhecer

¹ Nas precisas considerações do professor Alexandre de Freitas Câmara, *Lições de Direito Processual Civil*, Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 14ª edição, 2006, p. 101.

² Para maiores considerações críticas a respeito da adoção da teoria de Chiovenda na fixação da competência interna, remetemos o leitor para a obra de Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de Direito Processual Civil*, São Paulo: Malheiros, 5ª edição, 2005, pp. 462/466.

³ Neste sentido, Marcos Vinícios Rios Gonçalves, *Novo Curso de Direito Processual Civil*, vol. 01, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 55.

a sua incompetência e declinar para o juízo competente, podendo, ainda, ser argüida a qualquer tempo e grau de jurisdição (art. 113), o que não acontece com a incompetência relativa eis que dependente, para o seu reconhecimento judicial, de argüição pela parte interessada (art. 112).

Após a vigência Código de Processo Civil de 1973, durante algum tempo se discutiu se o juiz poderia ou não reconhecer de ofício a incompetência relativa, tendo em vista a ausência de vedação legal neste sentido. Grandes doutrinadores defenderam⁴ esta tese, que, no entanto, restou vencida diante do entendimento sumulado através do enunciado de nº 33⁵ do Superior Tribunal de Justiça, que acabou por seguir a orientação traçada pela ampla maioria da doutrina⁶ no viés de que o juiz somente pode reconhecer a incompetência relativa se for oposta a exceção instrumental.

O que abaixo iremos analisar é se, diante do parágrafo único do art. 112, do Código de Processo Civil, introduzido pela Lei 11.280/06, deve ou não ser feita uma releitura daquele e. de nº 33, na medida em que o dispositivo trouxe a possibilidade do juiz, após reconhecer a nulidade de cláusula do foro de eleição em contrato de adesão, declinar da competência para o juízo do domicílio do réu. Antes, porém, precisamos destacar algumas discussões travadas na doutrina e na jurisprudência e que, a bem da verdade, levaram o legislador a instituir o parágrafo único do art. 112 e a alterar a redação do art. 114.

II. Aferição da abusividade de cláusula de eleição do foro no caso *in concreto*:

Com a vigência da Lei nº 8.078/90 instituindo normas protetivas ao consumidor, surgiram duas grandes questões que, durante anos, geraram profundas reflexões na doutrina e na própria jurisprudência envolvendo o tema *competência* sob a ótica do foro do domicílio do consumidor. Diante das normas contidas naquele diploma, questionou-se (*i*) a *invalidade ou não de 'pleno direito' de cláusula de eleição de foro* que, em contrato de adesão, *estipula foro diverso do domicílio do*

⁴ Neste sentido, Egas Dirceu Moniz de Aragão: "No Brasil, lei alguma proíbe aos juízes declarar de ofício a incompetência relativa; tampouco os compele a aceitar passivamente a prorrogação da competência, por ser relativa. O que não se lhes consente é deixar de fazê-lo no primeiro momento em que atuem no caso, ao apreciar a petição inicial, pois aí se firmará a prorrogação, que ficará a critério do réu obstar." *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. II – arts. 154-269, Rio de Janeiro: Forense, 2ª ed., 1976, pp. 188 a 191. Consulte-se, ainda, seguinte o mesmo entendimento, a consideração do professor Hélio Tornaghi, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. I, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, pp. 359/360, para quem "o juiz pode dar-se por incompetente quando não são observados os critérios legais. Se, por exemplo, o réu é domiciliado em Santos e a ação de cobrança é proposta em Rio Claro, o juiz deve dar-se por incompetente...(...). A prorrogação tácita de que trata o art. 114 é apenas uma sanatória do vício da incompetência. A prorrogação tácita de que trata o art. 114 é apenas uma sanatória do vício da incompetência. E outras palavras: se o vício da incompetência escapar ao exame do juiz e o réu não o alegar, o mal estará sanado e a competência prorrogada."

⁵ E. nº 33: "A incompetência relativa não pode ser declarada de ofício". Apenas a título de curiosidade, este enunciado somente foi publicado no Diário de Justiça do dia 29/10/1991, ou seja, quase vinte anos depois da vigência do Código de Processo Civil.

⁶ Neste sentido, dentre outros, encontramos José Carlos Barbosa Moreira, "Pode o juiz declarar de ofício a incompetência relativa?", in *Revista Forense*, vol. 312, Rio de Janeiro: Forense, 1990, pp. 19/26 e Cândido Rangel Dinamarco, "Declaração "ex officio" da incompetência relativa?", in *Revista AJURIS*, nº 17, Ano VI, Rio Grande do Sul, novembro, 1979, pp. 142/148.

consumidor e, ainda, (ii) se deste foro emerge competência absoluta ou competência relativa para o processamento e julgamento das ações envolvendo relações de consumo.

Muitos doutrinadores⁷, antes das alterações introduzidas pela Lei nº 11.280/06, defendiam a tese da nulidade de pleno direito desta cláusula, invocando, a seu favor, basicamente, duas regras contidas no Código de Defesa do Consumidor, quais sejam, o art. 51 c/c art. 1º.

Sustentavam que o art. 51 da Lei 8.078/90 traz elenco meramente exemplificativo (*numerus apertus*) de cláusulas contratuais abusivas, - como se observa da própria expressão “entre outras” constante do *caput* daquele dispositivo legal -, devendo a cláusula de eleição de foro, em contrato de adesão - que preveja outro foro para dirimir eventual conflito entre o consumidor e fornecer do produto ou do serviço que não o do consumidor - , ser considerada como cláusula abusiva de pleno direito uma vez que onera o próprio consumidor, dificultando o seu acesso ao Poder Judiciário⁸.

Ademais, segundo este entendimento doutrinário, deveria ser considerado, ainda, como argumento para a nulidade de pleno direito daquela cláusula, o disposto no art. 1º, segundo o qual as normas de proteção e defesa do consumidor são normas de ordem pública e interesse social, de modo que não pode o consumidor ser surpreendido com uma cláusula que altera uma norma do Código Consumerista sem que lhe tenha sido conferido oportunidade de participação na sua formação, afetando diretamente a sua esfera jurídica.

A Professora da PUC/SP, Rosa Maria B.B. de Andrade Nery, chegou a afirmar que o foco da nulidade de pleno direito desta cláusula de eleição de foro não é puramente processual, encontrando fundamentos na própria Constituição de 1988. O “*problema posto*”, assim se manifestou aquela jurista, “*sugere outras dificuldades que precisam ser superadas, pois esbarram em considerações que podem gerar quebra dos princípios constitucionais do acesso à justiça (rectius: ao direito justo), do contraditório e ampla defesa, bem como do princípio da igualdade das partes (...).*”⁹

Por outro lado, outros doutrinadores¹⁰, no entanto, sempre afirmaram não existir fundamento para a nulidade de pleno direito desta cláusula de foro de eleição, devendo o juiz, no caso *in concreto*,

⁷ Neste mesmo sentido, Rosa de Maria de Andrade Nery, “*Competência relativa e de foro e a ordem pública : O art. 51 do CDC e o verbete nº33 da súmula do STJ*”, in *Justitia*, São Paulo, 56(167), julho/setembro de 1994, p. 47; Luciano Camargo Penteado, “*As cláusulas abusivas e o direito do consumidor*”, in *Revista dos Tribunais*, vol. 725, São Paulo: RT, março de 1996, p. 97, Luiz Paulo da Silva Araújo Filho, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 6.

⁸ Eis o magistério do professor Nelson Nery Júnior: “Como a cláusula abusiva é nula de pleno direito (CDC 51), deve ser reconhecida esta nulidade de ofício pelo juiz, independentemente de requerimento da parte ou interessado.” *Código de Processo Comentado*, 7ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 511.

⁹ “*Competência relativa de foro e a ordem pública: o art. 51 do CDC e o verbete nº 33 da Súmula do STJ*”, *op. cit.*, p. 46.

¹⁰ Neste sentido, a desembargadora do Tribunal de Justiça de São Paulo, Genácia da Silva Albeton: “*É acertada a colocação feita por Arruda Alvim, pois a cláusula de eleição de foro, mesmo que estipulada em contrato de ou por adesão, é válida desde que não dificulte o acesso do consumidor à Justiça. Portanto, salvo em casos excepcionalíssimos, como já ocorreu , envolvendo contrato com empresas do Cone Sul em que se impunha ao consumidor brasileiro foro de outro país para solução de conflito, a cláusula referente ao foro de eleição para ser considerada abusiva depende de manifestação da parte*”. “*Incompetência Territorial: declaração de ofício. Contribuição da Lei 11280/2006 sobre o tema*”. Disponível em <<http://www.direito.unisinos.br/~genaceia/arquivos/incompetencia-territorial.doc>>. Acesso em 18 de abril de 2009. Nesta mesma linha, professor Arruda Alvim que assim dispôs: “*Há quem entenda que, em regimes diferentes do Código de Processo*

aferir a abusividade, pois, em determinadas situações, a despeito da existência da cláusula, será possível constatar a inexistência de qualquer prejuízo para o consumidor. Nas observações da Desembargadora Genacéia da Silva do Tribunal de Justiça de São Paulo, “a cláusula referente a foro de eleição em contratos de ou por adesão é apenas presumivelmente abusiva porque não decorre de um ajuste livremente discutido e aceito pelo consumidor”¹¹.

Na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento então sustentado por esta segunda corrente doutrinária, encontramos diversos precedentes jurisprudenciais no sentido de que a abusividade da cláusula de eleição de foro não decorre *ipse iure* da natureza do contrato de adesão¹². Veja-se, à guisa de exemplificação, a ementa do acórdão prolatado no REsp 225.866/MS, cujo relator foi o ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira:

“PROCESSUAL CIVIL. CLÁUSULA ELETIVA DE FORO LANÇADA EM CONTRATO DE ADESÃO. VALIDADE, EM PRINCÍPIO. CERCEAMENTO DE DEFESA INOCORRENTE. ALEGAÇÃO DO PRÓPRIO DEVEDOR. PREVALÊNCIA DA CLÁUSULA DE ELEIÇÃO. RECURSO DESACOLHIDO.

I - A cláusula de eleição de foro inserida em contrato de adesão é, em princípio, válida e eficaz, salvo: a) se, no momento da celebração, a parte aderente não dispunha de inteligência suficiente para compreender o sentido e as conseqüências da estipulação contratual; b) se da prevalência de tal estipulação resultar inviabilidade ou especial dificuldade de acesso ao Judiciário; c) se se tratar de contrato de obrigatória adesão, assim entendido o que tenha por objeto produto ou serviço fornecido com exclusividade por determinada empresa.

II - A Segunda Seção deste Tribunal houve por bem definir a competência, em se tratando de contratos de adesão, sob a disciplina do Código do Consumidor, como absoluta, a autorizar, conseqüentemente, o pronunciamento de ofício do juiz perante o qual ajuizada a causa em primeiro grau, ao argumento da prevalência da norma de ordem pública que protege o consumidor e garante sua defesa em juízo.

III - No caso, no entanto, de o próprio réu-devedor postular pela validade da cláusula de eleição do foro, alegando que não terá dificuldades em sua defesa, deve a mesma prevalecer.

Civil, como seria o caso do Código de Defesa do Consumidor, seria absolutamente inviável, por ser abusiva a priori, cláusula de eleição de foro. Não nos parece que assim seja, porque inexistente específica ou genericamente previsão em que se enquadre esse entendimento absoluto, a respeito do assunto. Manual de Direito Processual Civil, vol. 01, São Paulo: RT, 6ª ed., p. 284.

¹¹ “Incompetência Territorial: declaração de ofício.” Disponível em <<http://www.direito.unisinos.br/~genaceia/arquivos/incompetencia-territorial.doc>>. Acesso em 18 de abril de 2009.

¹² Fazendo esta mesma observação, temos Humberto Theodoro Júnior: “À luz dessa realidade, o próprio Superior Tribunal de Justiça ressalva que a abusividade da cláusula de eleição de foro não decorre *ipso iure* da natureza do contrato de adesão. Somente não prevalece o foro convencional se de fato constatada a abusividade do ajuste estipulado contra os interesses do contratante que não tinha como rejeitar a imposição da parte poderosa.” *As Novas Reformas do Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 21.

(REsp 225.866/MS, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 09/11/1999, DJ 14/02/2000 p. 42).¹³

Com a introdução do parágrafo único ao art. 112¹⁴ do Código de Processo Civil, através da Lei nº 11.280/26, restou superada aquela primeira posição doutrinária. O legislador seguiu a orientação no sentido de que a análise da abusividade da cláusula de eleição deve ser feita no caso *in concreto* submetido à consideração do Poder Judiciário. Existe a possibilidade, portanto, de validade de cláusula de eleição de foro no direito do consumidor, não sendo, assim, nula de pleno direito.

Esta exegese é feita à luz da redação daquele dispositivo legal em cotejo com a nova redação dada, pela mesma lei, ao art. 114¹⁵, uma vez que, se o juiz não reconhecer a nulidade da cláusula e não declinar da competência, teremos a *prorrogação do foro*. Significa dizer, em outras palavras, que o juiz pode concluir que não há abusividade na cláusula e não reconhecer a sua nulidade, permitindo, assim, que o feito continue tramitando em comarca diversa da do domicílio do consumidor, deixando para este a eventual iniciativa de arguição de incompetência relativa.

Por outro lado, se o juiz considerar que a cláusula é abusiva, ou seja, que está causando prejuízos ao direito de defesa do consumidor, deverá reconhecer a sua nulidade *ex vi* do disposto no art. 51, *caput* c/c seu inciso IV e art. 6º, inciso VIII, todos do CDC.

Denota-se, assim, ainda, que, a despeito do dispositivo usar de um verbo que traduza uma *faculdade* (“*pode*”), a hipótese, no entanto, não é de ato discricionário, mas sim vinculado, *devendo* o juiz decretar a nulidade, uma vez presentes as circunstâncias que invalidam a cláusula de eleição do foro em contrato de adesão. Não existe para o julgador uma opção entre aplicar ou não a norma legal, mormente o dispositivo tratar de *nulidade do direito material* (art. 168, parágrafo único do CC). Deve o juiz verificar se há ou não abusividade naquela cláusula e, chegando a esta conclusão, estará obrigado a aplicar o dispositivo e remeter o processo ao foro do domicílio do réu.¹⁶

Observa-se que a inovação introduzida pela Lei nº 11.280/06 traz um novo enfoque à questão na medida em que não se refere exclusivamente a negócio jurídico firmado com base no Código de Defesa do Consumidor, mas sim a qualquer contrato de adesão que contenha cláusula de foro de eleição.

¹³ Outros precedentes: REsp 56711-4-SP, rel. Ministro Sálvio de Figueiredo; REsp 540054 / MG, rel. Ministro Massadi Uyeda; REsp 540054 / MG, rel. Ministro Jorge Scartezini; REsp nº 190.860/MG, Rel. Ministro Waldemar Zveiter, DJ; AgRg no Ag nº 637.639/RS, Rel. Ministro Adir Passarinho Júnior; AgRg no Ag 547829 / DF, rel. Ministra Nancy Andrighi; RESP 47.081-1-SP, Ministro Sálvio de Figueiredo; CC 13632-6; RESP 56711-4.

¹⁴ “Art. 112. Argüiu-se, por meio de exceção, a incompetência relativa. Parágrafo único. A nulidade da cláusula de eleição de foro, em contrato de adesão, pode ser declarada de ofício pelo juiz, que declinará de competência para o juízo do domicílio do réu.”

¹⁵ “Art. 114. Prorrogar-se-á a competência se dela o juiz não declinar na forma do parágrafo único do art. 112, desta lei ou o réu não opuser exceção declinatória nos casos e prazos legais.”

¹⁶ Neste mesmo sentido, Arruda Alvim, “Lei 11.280, de 16.02.2006: análise dos arts. 112, 114 e 305 do CPC e do § 5º do art. 219”, in Revista de Processo, nº 143, São Paulo: Revista dos Tribunais, janeiro/2007, p. 17 e Daniel Amorim Assumpção Neves, *Reforma do CPC, Leis 11.187/05, 11232/2005, 11.276/06 e 11.280/06*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pp. 414/415.

Outrora, havia dois tratamentos distintos: um para o contrato de adesão versando sobre relação de consumo e outro para o contrato de adesão de qualquer outra natureza. Em contrato de adesão referente à relação de consumo, a cláusula de eleição de foro, quando fixada em detrimento do consumidor, poderia ser revista pelo juiz uma vez que as normas do Código de Defesa do Consumidor são normas de ordem pública. Já para os demais contratos, não provenientes de relação de consumo, era imprescindível a arguição pela parte da nulidade daquela cláusula e da incompetência relativa do juiz para que este pudesse declinar da competência.

Com o advento da Lei nº 11.280/06 a questão restou uniformizada pelo legislador. Pouco importa se a eleição de foro está prevista em contrato que versa ou não sobre relação de consumo. O que importa saber é se a cláusula de eleição de foro está inserida em contrato de adesão, qualquer que seja o seu objeto. Se esta for a hipótese, deve o juiz verificar se aquela cláusula é abusiva, ou seja, se foi inserida em flagrante desrespeito à parte contrária a ponto, inclusive, de macular o princípio constitucional do acesso à justiça, e, em caso positivo, proceder ao reconhecimento de sua nulidade e remeter os autos ao foro competente.

III. Foro do domicílio do consumidor: competência absoluta ou competência relativa?:

A Lei nº 11.280/2006 trouxe, ainda, outra importante questão e que afasta, definitivamente, a nosso sentir, a equivocada interpretação feita pelo Superior Tribunal de Justiça a respeito do tipo de incompetência gerada quando a ação não é proposta no foro do domicílio do consumidor em razão da existência de cláusula contida em contrato de adesão.

Analisando-se diversos precedentes do STJ, o entendimento ali externando é no sentido de que, por se tratar de relação de consumo, a regra de fixação da competência na comarca do domicílio do consumidor é de *caráter absoluto* e, uma vez desrespeitada, acarreta a *incompetência absoluta*, permitindo ao juiz, assim, reconhecer a ofensa à norma legal e declinar da competência. Vejam-se os seguintes precedentes, dentre outros¹⁷:

“CONFLITO DE COMPETÊNCIA. CIVIL. CARTA PRECATÓRIA. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO.

ABUSIVIDADE. INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.

COMPETÊNCIA ABSOLUTA. RECONHECIMENTO DE OFÍCIO. PRECEDENTES.

1. Em se tratando de relação de consumo, tendo em vista o princípio da facilitação de defesa do consumidor, não prevalece o foro contratual de eleição, por ser considerada cláusula abusiva, devendo a ação ser proposta no domicílio do réu, podendo o juiz reconhecer a sua incompetência ex officio.

¹⁷ No mesmo sentido, v. g., os seguintes julgados: CC 21548/SP; REsp 128.144/SP; REsp. 1032876/MG; REsp. 1049639/MG.

2. Pode o juiz deprecado, sendo absolutamente competente para o conhecimento e julgamento da causa, recusar o cumprimento de carta precatória em defesa de sua própria competência.

3. Conflito conhecido e declarado competente o Juízo de Direito da Vara Cível de Cruz Alta - RS, o suscitante.”

(CC 48.647/RS, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 23/11/2005, DJ 05/12/2005 p. 215) – Grifamos.

“CC 21548 / SP
CONFLITO DE COMPETENCIA
1998/0003665-2 Relator(a) MIN. COSTA LEITE (353) Órgão Julgador S2 - SEGUNDA SEÇÃO
Data do Julgamento 11/11/1998 Data da Publicação/Fonte DJ 01/03/1999 p. 219
JSTJ vol. 3 p. 221 Ementa: Competência. Código de Defesa do Consumidor. Cláusula de eleição de foro. Contrato de adesão. Cláusula de eleição de foro, em contrato de adesão, de que

resulta dificuldade para a defesa do réu. Tratando-se de ação derivada de relação de consumo, em que deve ser facilitada a defesa do direito do consumidor (Art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor), impende considerar como absoluta a competência do foro do domicílio do réu, não se exigindo, pois, exceção de incompetência. Conflito conhecido.” – Grifamos.

Com este entendimento, o Superior Tribunal de Justiça afasta a incidência do enunciado de nº 33 de sua súmula, como, aliás, consta expressamente de diversos julgados¹⁸, evitando, assim, eventual alegação de *flexibilização* do entendimento ali consagrado. No entanto, *d.m.v.*, parece-nos que aquela Corte está sendo incoerente na análise da questão.

Como vimos anteriormente, o STJ entende que a validade da cláusula de eleição do foro, no caso das relações de consumo, deve ser analisada na hipótese *in concreto*, podendo o juiz entender, inclusive, não haver qualquer abusividade e, portanto, permitir que a ação continue tramitando no foro que não é o do domicílio do consumidor. Por outro lado, o próprio STJ afirma que o foro do domicílio do consumidor é regra de competência absoluta, o que, à luz da sistemática do Código de Processo, enseja a obrigatoriedade de declínio diante do vício daí decorrente.

Ora, nos soa absolutamente inconcebível sustentar que a hipótese é de incompetência absoluta e que o juiz pode, no caso concreto, verificar se a cláusula traz ou não prejuízo e, se não trouxer, não reconhecer a sua nulidade. Na medida em que se sustenta que há incompetência absoluta – como o faz, repise-se, o STJ -, o juiz deve declarar de ofício a sua incompetência, não havendo, assim, nem mesmo que se perquirir sobre ou a validade ou não da cláusula, será nula de pleno direito.

Esta postura do STJ de considerar que a incompetência em apreço é de natureza absoluta é uma forma daquela corte não enfrentar a questão à luz do enunciado de nº 33 de sua própria súmula e, conseqüentemente, reconhecer que o mesmo deve ser revisto.

¹⁸ Confira-se, por exemplo, o CC 17735-CE, j. 13.5.1998, DJU 16.11.98.

Com as alterações introduzidas ao Código de Processo Civil, dúvidas não mais se têm de que a *competência em apreço é de natureza relativa*. O legislador da Lei nº 11.280/06 criou um parágrafo em artigo cujo *caput* trata da incompetência relativa e, não fosse o suficiente, ao alterar a redação do art. 114, consagrou que se o juiz não declinar da competência e a parte não opuser “*exceção declinatória*”, “*prorrogar-se-á a competência*”.

Sabemos que a defesa ofertada mediante “*exceção*” é tradicionalmente utilizada para os casos de *disponibilidade do direito*, onde, via de regra, não existe margem de atuação de ofício por parte do juiz, como ocorre, por exemplo, nas exceções de contrato não cumprido. O mesmo não ocorre para a defesa ofertada mediante *objeção*, cuja matéria ali apontada será inexoravelmente de ordem pública (v.g. condições da ação).

O art. 114, além de usar a expressão “*prorrogação da competência*” – que somente é aplicável na hipótese de vício de competência relativa -, usou da expressão “*exceção*” declinatória do foro, razão pela qual a intenção do legislador é a de efetivamente demonstrar que o vício de competência versado não é de ordem pública e, conseqüentemente, não é incompetência absoluta. Trata-se de incompetência relativa que, excepcionalmente, pode, por opção legislativa, ser reconhecida pelo juiz.

Destarte, afirma-se que, excepcionalmente, é possível ao juiz declinar de ofício de incompetência relativa, tendo a Lei nº 11.280, ao introduzir o parágrafo único ao art. 112, flexibilizado, assim, o enunciado de nº 33 da S. do STJ¹⁹.

A despeito da clareza desta intenção do legislador, o STJ, mesmo após as alterações introduzidas pela Lei 11.280/06, continua – e a nosso juízo equivocadamente - deliberando no sentido da incompetência absoluta do foro do consumidor.²⁰

¹⁹ Neste mesmo sentido, Daniel Amorim Assumpção Alves, *Reforma do CPC*, p. 409. Veja-se o seguinte trecho de suas observações sobre a questão: “*Registre-se que, no tocante ao tema, determinada corrente passou a entender que a regra da competência, tão somente por se tratar de relação de consumo, se tornaria absoluta, o que permitiria ao juiz de ofício o reconhecimento de afronta a tal norma, sem qualquer ofensa à Súmula 33 do STJ. (...) Não parece correto tal entendimento, que, inclusive, mostra-se absolutamente contrário à novidade legislativa, que, ao tratar do reconhecimento de ofício pelo juiz da incompetência nos casos previstos na norma legal, criou um parágrafo em artigo cujo caput trata da incompetência relativa. Correto o legislador neste tocante, considerando-se que a competência continua a ser relativa, já que territorial, mas, em virtude das previsões contidas no diploma consumerista, e agora também no art. 112. parágrafo único, do CPC, é legítima a exceção da regra de que a incompetência relativa não pode ser conhecida de pelo juiz de ofício*”.

²⁰ Como se observa do seguinte julgado: “DIREITO CIVIL. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. CONTRATO DE ADESÃO. ARTIGO 535, II, CPC. VIOLAÇÃO. NÃO-OCORRÊNCIA. EXAME DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME NA VIA DO RECURSO ESPECIAL. COMPETÊNCIA TERRITORIAL ABSOLUTA. POSSIBILIDADE DE DECLINAÇÃO DE COMPETÊNCIA. AJUIZAMENTO DA AÇÃO. PRINCÍPIO DA FACILITAÇÃO DA DEFESA DOS DIREITOS. COMPETÊNCIA. FORO DO DOMICÍLIO DO CONSUMIDOR. 1. Não há por que falar em violação do art. 535 do CPC quando o acórdão recorrido, integrado pelo julgado proferido nos embargos de declaração, dirime, de forma expressa, congruente e motivada, as questões suscitadas nas razões recursais. 2. Refoge da competência outorgada ao Superior Tribunal de Justiça apreciar, em sede de recurso especial, a interpretação de normas e princípios de natureza constitucional. 3. O magistrado pode, de ofício, declinar de sua competência para o juízo do domicílio do consumidor, porquanto a Jurisprudência do STJ reconheceu que o critério determinativo da competência nas ações derivadas de relações de consumo é de ordem pública, caracterizando-se como regra de competência absoluta. 4. O microsistema jurídico criado pela legislação consumerista busca dotar o consumidor de instrumentos que permitam um real exercício dos direitos a ele assegurados e, entre os direitos básicos do consumidor, previstos no art. 6º, VIII, está a facilitação da defesa dos direitos privados. 5. A

Não se pode negar, ainda, ser sedutor o posicionamento doutrinário daqueles que defendem que a nulidade de cláusula abusiva de eleição de foro seria suficiente para o reconhecimento da incompetência relativa, ou seja, a hipótese, para alguns doutrinadores, nunca foi propriamente a de declarar de ofício incompetência, mas sim, de reconhecer de ofício nulidade de cláusula de contrato de adesão acarretando, outrossim, reflexos processuais consistente na remessa dos autos ao juízo competente como se aquela cláusula nunca tivesse existido. Tomamos, aqui, a liberdade de transcrever o seguinte trecho das considerações do talentoso professor Cássio Scarpilla Bueno²¹:

“...Assim, o atuar oficioso do magistrado, não repousa – e nunca repousou – na declaração de sua incompetência relativa por força do território (foro). Antes, ele está na declaração da abusividade da cláusula contratual de foro de eleição, o que acarreta, como consequência, que os autos do processo sejam enviados a outro juízo, estranho àquele ao qual foi distribuída a petição inicial, guiando-se a fixação da competência, a partir daí, pelas regras gerais e disciplinadas pelos arts. 94 a 100 ...”

A doutrina é praticamente uniforme ao consagrar – embora timidamente – que a nulidade de cláusula de eleição de foro em contrato de adesão, envolvendo relação consumerista, está no âmbito do direito material e não do direito processual, uma vez estamos falando de cláusula abusiva de contrato que dificulta o acesso à justiça por parte do consumidor, contrariando, assim, as normas consumeristas.

No próprio CDC, inclusive, encontramos diversas disposições que visam proteger o consumidor do fornecedor que busca prejudicar a parte considerada mais fraca na relação jurídica. Basta lembrarmos das disposições contidas no arts. 51, IV; 54, § 4º e 6º, VIII, os quais, aliás, servem de fundamento para o reconhecimento da nulidade.

Por tais razões, há aqueles que sustentam que a consequência processual do reconhecimento da nulidade desta cláusula seria a remessa dos autos a outro juízo estranho àquele ao qual foi distribuída a petição inicial, orientando-se pelas regras dos arts. 94 e seguintes do CPC²².

Este entendimento, no entanto, deixa sem solução a hipótese da ação ser proposta em foro diferente do domicílio do consumidor, cujo contrato não preveja qualquer foro de eleição. Como solucionar esta hipótese? Não seria possível o reconhecimento *ex officio* pelo juiz da incompetência relativa com a consequente remessa do processo ao foro do domicílio do réu?

possibilidade da propositura de demanda no foro do domicílio do consumidor decorre de sua condição pessoal de hipossuficiência e vulnerabilidade. 6. Não há respaldo legal para deslocar a competência de foro em favor de interesse de representante do consumidor sediado em local diverso ao do domicílio do autor. 7. Recurso especial não-conhecido”. (REsp 1049639/MG, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 16/12/2008, DJ 02/02/2009) – grifamos.

²¹ *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: procedimento comum: ordinário e sumário*, vol. 02: tomo I. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 57. No mesmo sentido, Elpidio Donizetti, *Curso Didático de Direito Processual Civil*, Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 8ª edição, 2007, p. 135.

²² O talentoso professor Cássio Scarpinella Bueno, seguindo esta orientação, entende que o parágrafo único do art.112 está a disciplinar que “as cláusulas contratuais que alteram, em prejuízo do réu, as regras disponíveis de competência jurisdicional podem ser declaradas nulas de ofício. A decisão do juiz dá-se, vale repetir, no plano do direito material. O que é visível na regra em exame é a consequência daquela decisão no e para o plano do processo. Perfeita harmonia, portanto, de uma leitura verdadeiramente instrumentalista do processo”. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: procedimento comum: ordinário e sumário*, vol. 02: tomo I, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 57.

O que se observa, portanto, é que a despeito de se analisar a nulidade da cláusula no plano do direito material, trazendo reflexos processuais, não se pode negar que emerge da questão a independência da incompetência relativa do foro do domicílio do consumidor, de modo que, ocorrendo a hipótese prevista no parágrafo anterior, a nosso sentir, o juiz, verificando no caso concreto que a defesa do réu restará prejudicada uma vez que a ação não foi proposta no seu domicílio, poderá decretar a incompetência relativa, remetendo os autos para o foro do domicílio do consumidor.

Caso não seja implementada esta exegese, basta que, em qualquer relação de consumo, ao ser elaborado o respectivo contrato (de adesão), simplesmente não se inclua nenhuma cláusula referente à eleição do foro para dirimir eventual conflito dali decorrente e, quando da propositura da ação, caso não seja observado o foro do domicílio do consumidor, sendo este o réu, dever-se-á aguardar que este – e somente este – alegue a incompetência relativa. Como não há cláusula de eleição de foro, o juiz não poderia declinar da competência, mesmo verificando que a hipótese seja de flagrante cerceamento da ampla defesa da parte mais frágil da relação: o consumidor.

Teriam, assim, os imponentes escritórios de advocacia, que representam as grandes empresas prestadoras de serviços e fornecedoras de produtos, outro caminho para obter a intenção de facilitar a esfera jurídica de seus clientes em detrimento do consumidor e das normas contidas na Lei nº 8.078/90.

O que queremos demonstrar é que com ou sem a cláusula de eleição de foro, as normas contidas no CDC consagram o *princípio da facilitação da defesa dos direitos do consumidor*²³, de modo que tais normas, por si só, já concedem substrato jurídico para o declínio de ofício da incompetência relativa quando não for observado o foro do domicílio do consumidor²⁴.

O legislador da Lei 11.280/06, a nosso sentir, ao menos no que toca à relação de consumo, foi infeliz na redação do parágrafo único do art. 112, pois acabou por condicionar o declínio da competência ao reconhecimento da nulidade de cláusula abusiva de eleição de foro constante de contrato de adesão.

Não precisava, portanto, o legislador da Lei nº 11.280/06, ter incluído o parágrafo único ao art. 112, exceto para a hipótese de contrato de adesão que não seja de relação de consumo e que contenha cláusula de eleição de foro. Não obstante, a intenção foi a de efetivamente proteger o réu.

Tanto é verdade que aquela mesma lei trouxe o parágrafo único ao art. 305 para permitir que a petição da exceção de incompetência relativa seja protocolizada no juízo do domicílio do réu, com requerimento de imediata remessa ao juízo que determinou a citação. Poderá o réu, portanto, ao invés de se deslocar até a sede do juízo para interpor a exceção de incompetência, apresentar a peça processual no seu próprio domicílio.

Aliás, perdeu o legislador a oportunidade de retificar a problemática redação do *caput* do art. 305, que estabelece que o direito de ofertar exceção de incompetência relativa, de impedimento e de

²³ O princípio aqui mencionado (*princípio da facilitação da defesa do consumidor*) está contido em diversos acórdãos do STJ, como se observa do CC nº 48.647/05.

²⁴ Aderimos, aqui, à posição sustentada pelo professor Daniel Amorim Assumpção, *Reforma do CPC*, p. 412.

suspeição, “*pode ser exercido em qualquer tempo, ou grau de jurisdição, cabendo à parte oferecer exceção no prazo de 15 dias, contado do fato que ocasionou a incompetência, o impedimento e a suspeição.*”

Concedeu o legislador o mesmo tratamento para as três espécies de exceção ao unificar o prazo de interposição. No entanto, no caso de incompetência relativa, o prazo para a prática daquele ato é o da resposta e, se não for ofertada, ocorrerá a prorrogação da competência. Na hipótese de impedimento, como a questão é de ordem pública, não há que se falar em prazo para ser argüida, podendo, inclusive, ser proposta ação rescisória com fulcro no art. 485, II, do CPC, se houver sentença de mérito prolatada por juiz impedido. Por fim, quanto à suspeição, o prazo para a sua alegação é efetivamente aquele contido no art. 305, qual seja, o de 15 (quinze) dias, os quais, no entanto, não são contados da data do fato, como consagra o dispositivo legal, mas sim, da data em que o excipiente tomou ciência do vício.

IV. Hipótese de preclusão temporal para o juiz e preclusão de ordem pública:

Está disposto no art. 114 do CPC, com a redação introduzida pela Lei nº 11.280/06, que se prorrogará a competência se o juiz não declinar da competência, na forma do parágrafo único do art. 112, e o réu não opuser a exceção instrumental.

Surgem, aqui, em função da redação daquele dispositivo legal, duas importantes questões: a primeira, a de se saber qual o limite temporal para o juiz reconhecer a nulidade da cláusula contratual e, a segunda, analisar se a norma introduziu ou não no nosso ordenamento jurídico questão de ordem pública para a qual ocorrerá a preclusão.

Quanto à primeira questão, o que a doutrina vem discutindo diz respeito ao exato momento para o juiz exercitar a sua atividade oficiosa. Considerando a redação do art. 114, há aqueles que defendem²⁵ que no momento em que o juiz despacha a petição inicial é que deverá avaliar a validade ou não da cláusula e, conseqüentemente, declinar *ex officio* da competência, não podendo, assim, aguardar o decurso do prazo e a manifestação ou não do réu, pois, “*prorrogar-se-á a competência se dela o juiz não declinar na forma do parágrafo único do art. 112 desta lei ou o réu não opuser exceção declinatória nos casos e prazos legais.*”

Outros, no entanto, defendem que o juiz pode até o término do prazo para resposta, voltando os autos à conclusão, analisar, novamente a questão, quando, então, não poderá mais fazê-lo²⁶. Há, ainda, quem entenda que o juiz deverá “*o quanto antes*” avaliar o caso *in concreto*, o que não afasta,

²⁵ Neste sentido, dentre outros, os professores Eupídio Donizeti, *Curso Didático de Direito Processual*, p. 136; Fredie Didier Júnior, *Curso de Direito Processual Civil*, Bahia: JusPODIVM, 10ª edição, 2008, pp. 130/131 e Arruda Alvim, “*Lei 11280, de 16.02.2006: análise dos arts. 112, 114 e 305, do CPC e do § 5º do art. 219*”, *op.cit.*, p. 22.

²⁶ Aparentemente neste sentido, consultar Daniel Amorim Assumpção Neves, *Reforma do CPC*, p. 416.

todavia, a possibilidade de nova análise *a posteriori* e, dependendo do caso, o termo final do prazo seria o das “providências preliminares”.²⁷

Não desmerecendo os entendimentos em contrário, parece-nos que a interpretação literal da regra contida no art. 114 leva à exegese que o juiz somente poderá aplicar o parágrafo único do art. 112 no momento em que despacha a petição inicial. Existe uma ordem temporal lógica naquele dispositivo que consagra a ocorrência da prorrogação da competência se o juiz não declinar e se o réu, na sequência, não opuser exceção instrumental. A norma, tal como redigida, contém, inicialmente, um contexto voltado para o juiz que, uma vez vencido, passa para o réu. Se este, por sua vez, nada faz, ninguém mais poderá suscitar a questão, restando a mesma preclusa tanto para o juiz quanto para o réu.

Observa-se que intenção do legislador é a de proteger o réu e, se este não se manifesta, ou seja, não impugna a competência fixada, há uma presunção de que ficou satisfeito com a situação jurídica imposta. Como bem observa o professor Arruda Alvim, nesta hipótese, “*sentido não teria criar-se-lhe uma insatisfação, ao lado, também, de não satisfazer o autor.*”²⁸

Inegável, assim, o surgimento de preclusão temporal para o juiz, o que é uma grande novidade no nosso sistema processual. Como sabemos e aprendemos nos bancos universitários, os prazos para os juízes são considerados impróprios eis que despidos do fenômeno da preclusão, ou seja, da perda da faculdade da prática do ato. Ainda que no Código de Processo Civil existam prazos voltados para o juiz, como, *v.g.*, o prazo de 10 (dez) dias que tem para sentenciar, não perderá ou não se eximirá da obrigação de prolatar aquele ato se ultrapassar o prazo previsto na lei.

Afirma-se, assim, que, com a nova redação do art. 114, existe uma hipótese legal de preclusão temporal para o juiz.

Quanto à segunda questão antes apontada, o entendimento que vem sendo destacado pela doutrina é o da introdução - ainda que excepcional - no ordenamento jurídico de preclusão de ordem pública. O legislador do Código de Defesa do Consumidor consagrou, em seu art. 1º, que as normas constantes daquele diploma são normas de “ordem pública e de interesse social”. A despeito desta consideração, observa-se que, diante da Lei 11.280/06, houve uma preocupação de se deixar bem claro que apesar de ser matéria que poderá o juiz conhecer de ofício, a hipótese não é de competência absoluta, uma que vez que se assim o fosse, o vício nunca poderia ser convalidado, nem mesmo após o trânsito em julgado.

Destarte, criou-se, assim, curiosamente, “*uma matéria de ordem pública com menor força do que uma verdadeira matéria de ordem pública*”, como bem observa o professor Daniel Amorim

²⁷ Sustentando esta tese, encontramos o professor Cássio Scarpinella Bueno, *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*, p. 58.

²⁸ “*Lei 11280, de 16.02.2006: análise dos arts. 112, 114 e 305, do CPC e do § 5º do art. 219*”, *op. cit.*, p. 22.

Assumpção²⁹, na medida em que após despachar a petição inicial não mais poderá analisar a nulidade ou não da cláusula e declinar da competência.³⁰

Aponta-se, aqui, outra interessante questão que também merece ser analisada. Imaginemos que o juiz, aplicando a regra do parágrafo único do art. 112, entenda por anular a cláusula e remeter o processo para o foro do domicílio réu. Poderá este, por sua vez, se insurgir contra esta decisão alegando que quer ser demandado no foro objeto da cláusula de eleição e que não havia nenhuma nulidade naquele negócio jurídico?

A despeito da hipótese ser de ocorrência rara, a questão é problemática e de difícil solução, havendo entendimentos doutrinários nos dois sentidos. O professor Arruda Alvim, v.g., sustenta que *“localizando a possibilidade do magistrado dar pela nulidade da cláusula initio litis, determinando a remessa dos autos para o juízo do domicílio do réu, contra isso este não pode insurgir-se, porquanto pela ratio legis subjacente ao critério de determinação legal do foro do domicílio é conveniente para o réu (ainda que hipotética e excepcionalmente conviesse ao réu o foro eleito, mas do que domiciliar).”*³¹

No entanto, é preciso enfatizar que o objetivo da alteração introduzida no Código de Processo Civil foi o de efetivamente beneficiar o réu. Assim, se este alega que o foro de eleição é aonde poderá exercer com maior efetividade o seu contraditório, parece-nos que, uma vez oposta a exceção declinatória do foro, a mesma deverá ser acolhida visando a remessa dos autos ao juízo que originalmente recebeu a demanda. *“O entendimento, como é claro, mantém a principal função da norma, que é a proteção ao réu na hipótese legal.”*³²

O Superior Tribunal de Justiça, a despeito de entender como sendo de competência absoluta o foro do domicílio do consumidor, vem se manifestando no sentido de que se o próprio consumidor se põe acorde com a cláusula fixada, não poderá ser negada validade à mesma, pois é ele próprio consumidor que, em última análise, poderá afastar a presunção que foi estabelecida a seu favor³³.

É bem verdade que esta situação gera certa perplexidade uma vez que o juízo que originalmente conheceu da causa, antes de declinar da competência, entendeu por anular a cláusula de eleição de foro. No entanto, o reconhecimento desta nulidade ficou condicionado à manifestação da parte ré, o que deve ser admitido uma vez que, acima de tudo, deve restar observado o princípio do contraditório e da ampla defesa.

²⁹ Reforma do CPC, p. 416.

³⁰ Sobre a questão, assim também se manifesta o professor Arruda Alvim: *“Disto tudo, parece que a atividade oficiosa, no caso, pautar-se-á em norma de ordem pública, mas não de caráter inexorável, como seria o caso da ocorrência de duplicidade de litispendências, ou de coisa julgada. O que nos parece, portanto, e, com vistas a evitar a sobreposição ou a possibilidade de sobreposição de atividades diferentes, é que o juiz deverá decretar essa nulidade quando examinar o processo, num primeiro momento, e, antes de ordenar o processamento do feito. A partir daí, parece se há de reconhecer preclusão para o seu agir de ofício.(...)”*, *“Lei 11280, de 16.02.2006: análise dos arts. 112, 114 e 305, do CPC e do § 5º do art. 219”*, op. cit., p. 22.

³¹ *“Lei 11280, de 16.02.2006: análise dos arts. 112, 114 e 305, do CPC e do § 5º do art. 219”*, op. cit., p. 23.

³² Neste sentido, Daniel Amorim Assumpção Neves, *Reforma do CPC*, p. 413.

³³ À guisa de exemplificação, veja-se o REsp n. 225.866/MS.

Se o legislador não tivesse condicionado o declínio da competência ao prévio reconhecimento da nulidade da cláusula de eleição de foro, esta problemática não teria sido instaurada. No entanto, a solução está em analisar a questão à luz da própria Constituição – art. 5º, inciso LV, para consagrar, repita-se, a possibilidade do réu fazer prevalecer o foro pactuado no contrato de adesão.

V. Considerações finais:

Diante do exposto, não há como negar ter o legislador da Lei nº 11.280/2006 introduzido, na sistemática do Código de Processo Civil, uma possibilidade do juiz declinar de ofício da incompetência relativa, excepcionando, assim, o entendimento sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça (s. 33).

O novo parágrafo único do art. 112 e a nova redação dada ao art. 114 não deixam dúvidas de que o foro do domicílio do consumidor constitui critério territorial de fixação de competência, sendo assim, portanto, de natureza relativa e não absoluta, como vinha se manifestando aquela Corte.

Em algumas oportunidades, o Superior Tribunal de Justiça já reviu alguns de seus entendimentos ou retificou enunciados de súmulas, como ocorreu, por exemplo, quando do julgamento do HC 53.068-MS, na sessão de 22/03/2006. A Segunda Seção, naquela oportunidade, deliberou pela retificação do enunciado de nº. 309.

Parece-nos, assim, que o STJ deve rever não só o enunciado de nº 33, mas também, *d.v.*, o equivocado entendimento de que a competência do foro do domicílio do consumidor é de natureza absoluta. Aliás, o Exmo. Sr. Ministro Nilson Naves, ao se manifestar no CC 17735/CE, sugeriu, a teor do art. 16, IV, do Regimento Interno, a remessa dos autos para a Corte visando analisar a questão³⁴, não tendo, no entanto, lamentavelmente, ocorrido qualquer deliberação pelo órgão julgador.

Destarte, até que o Superior Tribunal de Justiça se manifeste, expressamente, a respeito, diante das alterações introduzidas pela Lei 11.280/2006, o enunciado nº 33 da súmula do STJ merece leitura complementar para se admitir, repise-se, o reconhecimento *ex officio* de incompetência relativa na hipótese de nulidade de cláusula de eleição de foro em contrato de adesão.

Referências bibliográficas:

³⁴ Veja-se a exata manifestação do Ministro Nilson Naves: “*Sr. Presidente, editada pela Corte Especial, em 24.10.91, reza a Súmula 33 que “A incompetência relativa não pode ser declarada de ofício”. Ora, ainda que seja possível definir a competência de que se trata como absoluta, a matéria não deixa de ter alguma coisa a ver com este enunciado. Por isso, parece-me que o feito deveria ser remetido à Corte. Somos aqui um só Tribunal, e não três, como se um se destinasse ao Direito Público, o outro ao Direito Privado, e o outro ao Direito Penal e afins. Daí a questão que suscito, a teor do art. 16, IV, do Regimento.*”

- ALBETON, Genacéia da Silva Albeton. “*Incompetência Territorial: declaração de ofício. Contribuição da Lei 11.280/2006*”. Disponível em <<http://www.direito.unisinos.br/~genaceia/arquivos/incompetencia-territorial.doc>>. Acesso em 18 de abril de 2009 .
- ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*, vol. 01, 6ª Edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- _____ “*Lei 11.280, de 16.02.2006: análise dos arts. 112, 114 e 305 do CPC e do § 5º do art. 219*”, in in Revista de Processo, v. 143, São Paulo: Revista dos Tribunais, janeiro/2007.
- ASSUMPÇÃO, Daniel Amorim *et alli*. *Reforma do CPC, Leis 11.187/05, 11232/2005, 11.276/06 e 11.280/06*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- BUENO, Cássio Scarpinella Bueno. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: procedimento comum: ordinário e sumário*, vol. 02: tomo I. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CÂMARA, Alexandre de Freitas, *Lições de Direito Processual Civil*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 14 edição, 2006.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, 5ª edição, São Paulo: Malheiros, 2005.
- _____ “*Declaração "ex officio" da incompetência relativa ?*”, in Revista AJURIS , nº 17, Avo VI, Rio Grande do Sul, novembro, 1979.
- DONIZETTI, Elpídio Donizetti. *Curso Didático de Direito Processual Civil*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 8ª edição, 2007.
- FILHO, Luiz Paulo da Silva Araújo. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- GONÇALVES, Marcus Vinícios Rios. *Novo Curso de Direito Processual Civil*, vol. 01, São Paulo: Saraiva, 2004.
- JÚNIOR, Fredie Didier. *Curso de Direito Processual Civil*, 10ª edição, Bahia: JusPODIVM, 2008.
- JÚNIOR, Humberto Theodoro Júnior. *As Novas Reformas do Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- JÚNIOR, Nelson Nery Júnior. *Código de Processo Comentado*, 7ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003 .
- LIMA, Mendonça. “*A nova sistemática das exceções*”, Revista de Processo, vol. 2, São Paulo: Revista dos Tribunais.
- MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Vol. II, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1976.

- MOREIRA, José Carlos Barbosa. "*Pode o juiz declarar de ofício a incompetência relativa ?*", in Revista Forense de nº 312, Rio de Janeiro, 1990.
- NERY, Rosa de Maria de Andrade, "*Competência relativa e de foro e a ordem pública : O art. 51 do CDC e o verbete nº33 da súmula do STJ*", in *Justitia*, 56(167), julho/setembro de 1994.
- PENTEADO, Luciano Camargo. "*As cláusulas abusivas e o direito do consumidor*", in Revista dos Tribunais, vol. 725, março de 1996.
- TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. I, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.

**O PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ
E O JULGAMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO**

FLÁVIA PEREIRA HILL

*Mestre e Doutoranda em Direito Processual pela
Universidade do Estado do Rio de Janeiro.
Professora da Escola de Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro e da Universidade Candido Mendes.
Tabeliã.*

RESUMO:

O presente trabalho aborda a aplicação do princípio da identidade física do juiz no julgamento dos embargos de declaração, atentando, particularmente, para o contexto contemporâneo de valorização da celeridade e a ponderação deste valor em relação a outros princípios processuais constitucionais de elevada estatura, como a efetividade processual.

PALAVRAS-CHAVE: Embargos de declaração; identidade física do juiz; recursos; celeridade; efetividade.

ABSTRACT:

This paper discusses the application of the principle of physical identity of the judge in the ruling of motions for clarification, paying attention particularly to the contemporary context of valuing speed and weight of this value relative to other procedural principles of constitutional stature, such as the effectiveness of procedure.

KEYWORDS: Motion for clarification; physical identity of the judge; appeals; speedy trial; effectiveness of procedure.

I. INTRODUÇÃO.

Pressionado em grande parte, decerto, pelo intenso ritmo da sociedade contemporânea, que se movimenta e estabelece as suas relações em diferentes áreas com uma velocidade jamais vista, o Poder Judiciário de diferentes estados, contando, mais recentemente, com o aval de processualistas, tornou a busca por celeridade o grande ideal a ser incansavelmente perquirido pelo Direito Processual brasileiro.

Podemos, pois, afirmar, com certa segurança, que, segundo essa ótica, todos os demais valores e institutos processuais podem e, de fato, estão sendo, relativizados e temperados em prol do alcance da maior velocidade possível – quicá vertiginos – na tramitação de processos judiciais e na consequente entrega rápida da prestação jurisdicional. Tanto assim que, até mesmo o atávico e, até então, sempre presente embate entre celeridade e segurança, tão debatido e decantado entre processualistas estrangeiros e brasileiros durante mais de um século – particularmente no que tange à tentativa de identificação da medida exata em que um valor deve ceder para que o outro prevaleça, a fim de melhor atender ao máximo valor da justiça –, se acaso invocado neste século XXI por algum processualista “desavisado”, parece soar quase que politicamente incorreto ou, ao menos, deselegante. A invocação dessa tradicional questão repercutiria, nos dias de hoje, seja para a sociedade em geral, seja para juristas de outros ramos do Direito e, agora surpreendentemente, para outros processualistas, como um sinal de falta de sensibilidade do processualista quanto aos reclamos da sociedade moderna, praticamente como um traço que o qualificaria como um jurista retrógrado e formalista. Como, nos dias atuais – diriam eles -, invocar o prestígio da segurança jurídica, se este pode retardar, seja em que medida for, a celeridade?

Fato é que, em nome dessa mesma – e, como veremos, delicada – celeridade, presenciamos a defesa de medidas como o banimento das sessões presenciais de julgamento nos tribunais, ainda que isso implique a vulneração da publicidade ou da oralidade.

Ocorre que, de fato, o Direito Processual consiste em uma ciência cuidadosa e responsabilmente construída ao longo de décadas de profícuo trabalho de inúmeros juristas em todo o mundo. Se, hoje, podemos chegar a afirmar que o Direito Processual consiste em um ramo autônomo do Direito – deixando para trás concepções sincréticas que o concebiam como “apêndice” ou “direito adjetivo”¹ –, isso se deve justamente a uma construção rica e harmônica de institutos jurídicos, ancorados em princípios e valores próprios, que, por se mostrarem únicos e valiosos, se somaram àqueles já anteriormente franqueados à sociedade pelos demais ramos do Direito. Representam os princípios processuais, pois, verdadeiras – e novas – garantias conferidas aos cidadãos; para nós, carinhosamente chamados de jurisdicionados. E tanto é assim

¹ A esse respeito, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil. Vol. I.* São Paulo: Malheiros. 2001. pp. 200 e ss.

que, atualmente, podemos falar em princípios processuais constitucionais² e em Direito Processual Constitucional.

Como sempre, demonstrando particular sensibilidade quanto às mais delicadas questões que tocam ao Direito Processual, alertou Barbosa Moreira³ para o fato de que, embora, inegavelmente, a celeridade seja um ideal a ser perquirido, ela não se mostra um valor absoluto, perante o qual todos os demais valores tornar-se-iam, *ipso facto*, de menor estatura, devendo, pois, ceder, rendendo-lhe homenagens.

Antes de mais nada, não há dúvidas de que devemos compreender a celeridade como sendo um compromisso de todos, juristas e operadores do Direito, no sentido de *extirpar as delongas desnecessárias*, especialmente as condutas e praxes comumente adotadas e que podem e devem ser abolidas para que a marcha processual seja mais célere. Exemplos disso são a sucessiva interposição de recursos, estando os advogados cientes de sua ínfima probabilidade de êxito, apenas no propósito de “ganhar tempo”. O mesmo se diga a respeito do expediente, por vezes adotado por magistrados, de determinar ao cartório judicial a exarcação de certidões a respeito de atos processuais corriqueiros, que, muitas vezes, eles próprios teriam plenas condições de aferir a partir do rápido manuseio dos autos que já se encontram conclusos, em suas mãos, também com o mesmo propósito de ganhar alguns dias – e, infelizmente, em algumas comarcas, semanas – até que tenham tempo para prolatar a sentença. Essa primeira medida se reveste de uma feição cultural, implicando uma mudança de hábitos por parte de todos os operadores do Direito. Tal mudança cultural representaria um verdadeiro compromisso de todos em prol de um processo eficiente e, sem qualquer dúvida, surtiria tanto ou mais efeito, no que concerne à aceleração do processo, do que qualquer alteração legislativa – e, mais importante, sem vulnerar qualquer princípio processual.

Forçoso convir que também se mostra valioso empreender alterações legislativas, a fim de modernizar a legislação processual, afinando-a com a evolução dessa ciência em todo o

² Nesse sentido, GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais do processo: o processo justo*. Disponível no endereço eletrônico: www.mundojuridico.com.br. Consulta realizada em 22/02/2007.

³ Assim discorre Barbosa Moreira com peculiar precisão, in verbis: “Em momentos como este, em que se difunde a convicção da impossibilidade de manter o status quo, é importante que se procure fixar com toda a clareza os rumos da reforma desejável. O sentimento de insatisfação, hoje tão patente entre os leigos quanto nos próprios quadros dos que exercem a função jurisdicional, é, em si, sadio e estimulante; mas, como toda disposição espiritual do gênero, sujeita-se ao risco de enganos e desvios, que cumpre a todo custo prevenir. Seria profundamente lamentável que a vontade, tão legítima, de mudar nos induzisse a uma rejeição indiscriminada e irracional dos princípios e valores legados pela tradição, como se a causa das mazelas atuais se devesse enxergar neles mesmos, e não, ao contrário -, na compreensão deturpada, ou na insuficiente atuação, de uns e de outros. (...) É claro, aliás, que isso não dependete exclusivamente, e nalguns casos nem sequer principalmente, da modificação da lei processual. Há tópicos em que ela terá, com toda a probabilidade, pequeno ou talvez nulo alcance. Assim, decerto, no que tange ao ingurgitamento dos tribunais superiores, que suscita questões de índole peculiar; mas também quanto a certos aspectos da máquina de primeiro grau, mais diretamente relacionados com particularidades da organização judiciária, cuja disciplina nem sempre obedece a critérios racionais estabelecidos em função das necessidades do serviço, senão que muitas vezes se dobra à influência nefasta dos interesses políticos, no sentido menos nobre da palavra, a imporem absurdas distorções. E não é preciso acrescentar qualquer referência ao fator pessoal: sob o mesmo regime legal, e até sob condições idênticas de trabalho, um órgão desincumbe-se com celeridade de tarefas que noutra se arrastam ao ritmo de lesmas, ou dormem o sono prolongado na fila de espera. Muitas ilusões de mudança radical da situação à exclusiva custa de alterações nas regras do jogo têm-se desfeito como bolhas de sabão no choque com a realidade das diferenças quantitativas entre os jogadores.” MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual*. 5ª Série. Rio de Janeiro: Saraiva. pp. 25-37.

mundo, como vimos com a previsão da tutela antecipada e das ações coletivas *lato sensu* na década de noventa do século XX e, mais recentemente, com a tentativa de deformalização da execução⁴.

No entanto, entendemos que o processualista não pode permitir que a busca por celeridade ganhe uma velocidade tal, que descarrilhe e se torne desenfreada a ponto de, quase literalmente, atropelar, com consequências fatais, valiosos institutos processuais, deixando-os esqueléticos e desfigurados. Imagens trágicas à parte, o processualista tem a responsabilidade decorrente de sua consciência quanto às consequências de se prestigiar um único valor às cegas, pois a moeda com que será cobrado o preço invariavelmente será a de outros princípios de igual estatura. Esse preço, por ser elevado, deve ser cuidadosa e responsabilmente calculado, pois, errando-se a conta, teremos como resultado a desarmonia do sistema de garantias processuais conferido aos jurisdicionados⁵. Não podemos perder de vista que o desequilíbrio estrutural do sistema processual acarreta o temido e perigoso comprometimento do valor de justiça.

O Direito Processual se propõe, em última análise, a definir e organizar todo sistema colocado à disposição dos cidadãos para reivindicarem ao Poder competente a realização de justiça. Nesse passo, de pouco ou nada serviria aos cidadãos dispor de leis materiais que lhes conferissem inúmeros e elevados direitos se não houvesse mecanismos idôneos, previamente conhecidos, que lhes dessem as coordenadas sobre como fazer valer tais direitos. E mais. Tais instrumentos precisam ser efetivos, ou seja, é necessário que se garanta que serão alcançadas as finalidades para as quais os mesmos foram criados.

Nesse passo, a ciência processual evoluiu com vistas a criar uma série de institutos processuais que, no bojo de cada procedimento, se sucedem e encadeiam, cada qual com a sua finalidade, mas com o propósito último e comum de bem servir ao cidadão na sua busca pela realização de justiça.

Diante disso, não podemos fugir da afirmação de que, para que cada instituto processual alcance a sua finalidade é necessário o dispêndio de um mínimo de tempo⁶. Podemos e devemos extirpar delongas desnecessárias, como alertamos antes, mas devemos reconhecer que a adequada prática de atos processuais depende, inevitavelmente, do gasto de algum período de

⁴ Prova de que a alteração legislativa em prol da celeridade não logra surtir efeitos significativos desacompanhada de um empenho dos operadores do direito no sentido de efetivamente cooperarem para que as mudanças sejam implementadas consiste na tentativa do legislador de dispensar a intimação do executado na fase de cumprimento de sentença, a fim de tornar o procedimento mais célere. Afinal, o executado já era parte na fase de conhecimento, estando plenamente ciente do conteúdo da sentença exequenda, bem como de todos os atos processuais subsequentes. No entanto, a jurisprudência vem exigindo a intimação do executado para que se inicie a contagem do prazo legal de pagamento, o que implica, na prática, em restaurar o regime anterior, prolongando o procedimento e retardando a efetivação do provimento jurisdicional.

⁵ Mais uma vez, com precisão singular, leciona Barbosa Moreira, *in verbis*: “É o que acontece, por exemplo, quando se estende além da medida razoável a duração do feito, pelo afã obsessivo de esgotar todas as possibilidades, mínimas que sejam, de apuração dos fatos. Nem o valor celeridade deve primar, pura e simplesmente, sobre o valor verdade, nem este sobrepor-se, em quaisquer circunstâncias, àquele. O terceiro risco é talvez o mais insidioso; e, para bem compreendê-lo, há que ter em mente a tendência, tão comum, a desvalorizar o passado, em especial o passado próximo: ela afeta a literatura, as artes e também, ainda que em menor proporção, a ciência, inclusive a ciência jurídica.” MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual*. 6ª Série. Rio de Janeiro: Saraiva. 1997. pp. 17-29.

⁶ José Rogério Cruz e Tucci examinou, com propriedade, esse tema em sua célebre obra *Tempo e Processo*. São Paulo; Revista dos Tribunais. 1997.

tempo, variando desde instantes, como a protocolização de uma petição por fax ou internet, até uma tarde inteira, como pode ocorrer com uma audiência de instrução e julgamento com oitiva de testemunhas.

E tampouco há como responsabilmente fugir da afirmação de que, só poderemos ceder em prol de uma maior celeridade na prática de determinado ato processual, *até a medida em que esse expediente não acabe por tornar estéril o próprio instituto*. A celeridade consiste em uma garantia processual, que permeia todo o sistema processual para potencializar a efetividade de instrumentos processuais. Não podemos, pois, concebê-la como um veículo para esterilizar o próprio instituto em favor do qual foi concebida. De nada adianta afirmarmos que determinado ato processual foi praticado quase que instantaneamente, se ele não cumpriu minimamente com a finalidade para a qual foi criado; em poucas palavras, não foi efetivo. Pensar o Direito Processual como uma sucessão de “empecilhos” – por nós chamados de atos processuais – que devem, a todo custo, ser vencidos o mais rápido possível para que se chegue logo à decisão final – seja ela qual for –, consiste em uma visão equivocada e preconceituosa daqueles que não conhecem a magnitude das garantias processuais e a sua importância para o Direito. Não podemos, pois, nos deixar contaminar por esse enfoque, mas, ao contrário, cabe aos processualistas preocupar-se com que os institutos processuais sejam efetivos e cumpram o seu mister, com que os princípios processuais sejam respeitados, atentando-se para as particularidades de cada caso concreto. Não podemos ter dúvidas de que um processo judicial instantâneo, se totalmente divorciado da justiça do caso concreto, não despertará no jurisdicionado um sentimento de contentamento ou gratidão com o Poder Judiciário ou com o Direito Processual.

Esse é o grande risco em que podemos incorrer na era da celeridade.

Se todos clamam por celeridade, cabe, sem qualquer sombra de dúvidas, ao processualista estar aberto e sensível a tais reclamos, sob pena de o Direito Processual assistir à perda de sua legitimidade. No entanto, cabe ao processualista a tarefa – com certeza pouco confortável, visto que árdua e despida de soluções milagrosas – de tornar possível a aceleração do procedimento sem, com isso, vulnerar toda uma série de garantias constitucionais processuais que foram instituídas todas a bem do próprio jurisdicionado.

Tecemos tais afirmações para abordar um ponto particular dessa problemática, que se mostra bastante ilustrativo. Assistimos, com curiosa – e quiçá assustadora – tranquilidade, ao verdadeiro sepultamento do princípio da identidade física do juiz, particularmente no julgamento dos embargos de declaração. Apresentam-se, como justificativas, finalidades de ordem eminentemente prática, sem reconhecer-se que, com isso, sepulta-se também a própria finalidade dos embargos de declaração, ou seja, a sua efetividade, e, também a reboque, poderá ser sepultado o alcance de um resultado justo em inúmeros processos. Ficamos, neste início de abordagem, com as seguintes perguntas: de que adiantaria termos um recurso de embargos de declaração julgados se a forma de julgamento adotada se mostrar, em sua própria essência, absolutamente inapta a extirpar os vícios contra os quais tal recurso foi criado? Haverá algum argumento de ordem prática de estatura suficiente para oferecer uma justificativa plausível para que se adote como padrão uma forma de julgamento que desnatura o próprio recurso a ser julgado?

II. O RECURSO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO E O ALCANCE DE SUA EFETIVIDADE.

Os embargos de declaração consistem em recurso interposto pela parte que pretende ver extirpada obscuridade, omissão ou contradição de que padece o julgado embargado, consoante previsto no artigo 535, do Código de Processo Civil.

Tendo em vista a peculiaridade dos vícios a serem corrigidos, o legislador previu, no artigo 536 do Código de Processo Civil, que os embargos de declaração serão interpostos perante o próprio juízo prolator da decisão recorrida. Por essa razão, entendem Barbosa Moreira e Sérgio Bermudes, com absoluta correção, não haver propriamente efeito devolutivo, denominando este último jurista tal efeito como *regressivo*, uma vez que a matéria regressaria ao exame do juízo prolator da decisão embargada.

Analisemos, pois, o vício da obscuridade.

Entendendo uma das partes que a decisão judicial encontra-se obscura, sendo de difícil compreensão, o que comprometeria, inclusive, o seu cumprimento, o recurso adequado para que seja corrigido tal defeito será o de embargos de declaração. Diante disso, serão os embargos remetidos ao juízo prolator da decisão para que este releia o julgado e, caso reconheça carecer de suficiente clareza, *reexprima, com outras palavras, o mesmo conteúdo decisório* já anteriormente adotado, embora de modo pouco compreensível. Trata-se, portanto, de expressar, em outras palavras, ideias já formadas no convencimento do juiz prolator da decisão recorrida, e não na formação de um novo convencimento, ou seja, uma nova solução para a mesma questão.

Dito isso, partindo-se do pressuposto de que um determinado texto escrito – inclusive mas não exclusivamente uma decisão judicial escrita – seja obscuro, isso implica afirmar que qualquer pessoa que venha a ler o referido documento terá dificuldades em dele extrair as ideias que o seu redator inicialmente pretendia externar. Se o grau de obscuridade do texto for elevado⁷, podemos afirmar que cada leitor que se esforce em identificar as ideias adotadas pelo redator deduzirá conclusões absolutamente díspares, uma vez que a linguagem escrita, nesse caso, não cumpriu com a sua função de constituir um veículo que permita ao leitor identificar as ideias postas pelo redator.

Aplicando-se tais noções à decisão judicial, podemos concluir que um provimento jurisdicional obscuro será incompreensível – variando-se o grau de inteligibilidade – para todo e

⁷ Barbosa Moreira esclarece que o grau de obscuridade pode variar desde a “simples ambiguidade” até a “completa inteligibilidade da decisão”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V. 10ª Ed. Rio de Janeiro: Forense. 2002. pp. 545 et seq.

qualquer leitor, sendo certo que o público leitor imediato de decisões judiciais são os advogados das partes. Mas também podemos incluir nesse grupo um outro juiz, diverso daquele que proferiu a decisão obscura. Não há dúvidas de que um outro magistrado, diferente daquele que redigiu a decisão embargada, terá as mesmas dificuldades em decifrá-la que tiveram os próprios advogados das partes. Se uma decisão judicial é, em si, incompreensível, sendo extremamente difícil ou impossível identificar as ideias adotadas por seu redator – qual seja, o juiz prolator da decisão embargada – não há como se negar que um outro juiz, que seja chamado a lê-la, terá as mesmas dificuldades, por ser ele também um terceiro leitor. De fato, o outro juiz terá as mesmas dificuldades pois não terá outra fonte a que se socorrer que não seja a própria decisão embargada obscura...

Com efeito, somente o próprio redator de um texto obscuro terá condições de redigi-lo novamente, de modo a utilizar outras palavras sem, contudo, desvirtuar as *ideias originais*. Em outras palavras, somente o juiz prolator da decisão embargada poderá julgar os embargos de declaração de modo a reexpressar o convencimento que já havia formado ao proferir anteriormente a decisão considerada obscura.

Qualquer terceiro que venha a ler tal texto obscuro e tente, sozinho, redigi-lo novamente, sem consultar o redator, estará apenas fazendo um exercício de adivinhação, sem que se tenha qualquer garantia mínima de que o novo texto coincide com as ideias iniciais que haviam sido postas no primeiro texto de forma indecifrável. Será, em última análise, uma verdadeira loteria. A imensa probabilidade será de que o segundo texto, escrito pelo terceiro, embora seja claro, exponha, na verdade, ideias completamente diferentes – e, talvez, antagônicas – daquelas que o redator pretendia expor no texto inicialmente redigido.

E é exatamente isso que ocorre quando se remete o julgamento de um recurso de embargos de declaração por vício de obscuridade para que seja julgado por um juiz diverso daquele prolator da decisão obscura. Caso o magistrado, ao julgar os embargos, reconheça que a decisão recorrida, proferida por seu colega, é efetivamente obscura, ver-se-á em um verdadeiro e cruel impasse. Exige-se, em verdade, que esse magistrado adivinhe o que o seu colega pretendia ter dito na decisão embargada, mas reconhecidamente não conseguiu. Falamos em adivinhar, visto que esse magistrado irá desempenhar tal tarefa intelectual tendo como única fonte um texto escrito já tachado por ele mesmo como obscuro, ao conhecer dos embargos de declaração. Não haverá qualquer outro subsídio, diverso da própria decisão obscura, de que o magistrado se utilize para lograr perquirir as ideias que transitavam pela mente do prolator da decisão no momento em que a proferia. Trata-se, na verdade, de uma tarefa sobreumana, que não se pode razoavelmente esperar seja desempenhada por alguém, ainda que tecnicamente bem preparado, pois estamos diante de um obstáculo cognitivo, que antecede qualquer aplicação de regras técnico-jurídicas.

Diante disso, ao se compelir um magistrado a redigir novamente uma decisão judicial obscura que não fora proferida por ele, estamos, em verdade, admitindo que ele profira uma nova decisão judicial, e não que esta integre ou corrija uma decisão anterior, visto que, muito provavelmente, ele externará novas ideias na decisão que julgar os embargos. Não há qualquer mínima garantia de que a nova decisão realmente reflète as ideias que o juiz prolator da decisão embargada pretendia ter externado sem êxito. Como dito, trata-se de uma lamentável loteria, de que

os advogados e as partes jamais saberão o resultado, pois este somente poderia ser apurado pelo próprio juiz prolator da decisão, que é o único que não mais será consultado...

Nesse caso, assistimos à adoção de uma forma de julgamento que acaba por desnaturar a essência dos embargos de declaração, de permitir que uma segunda decisão apenas integre a primeira e a esclareça, sem representar novo julgamento.

Vejamos, então, o julgamento dos embargos de declaração por vício de contradição. Nesse caso, a parte interpõe tal recurso em razão de a decisão embargada conter partes ou proposições inconciliáveis entre si. Por exemplo, em uma decisão monocrática proferida por relator de um recurso de agravo, a ementa do julgado dispensa uma solução ao caso, e o dispositivo da decisão dispensa solução absolutamente diversa. Somente o próprio desembargador que proferiu a decisão embargada terá condições de esclarecer, na verdade, qual das soluções indicadas ele pretendia realmente ter adotado.

Qualquer outro magistrado que venha a julgar embargos de declaração que padeçam de contradição acabará por, novamente, tentar adivinhar qual das proposições o juiz prolator da decisão pretendia ter adotado, mas não logrou fazê-lo com coerência e clareza – fala-se em adivinhar pois a decisão não traz subsídios para tanto, por ser reconhecidamente contraditória – ou, ainda, acabará por tentar julgar novamente a causa, examinando, *ab initio*, todas as provas e alegações constantes dos autos para formar, ele próprio, um *novo convencimento* acerca da questão. Em ambas as hipóteses, terá havido um novo julgamento, uma decisão fundada em um *novo convencimento*, não havendo que se falar, pois, em integração da decisão embargada pela decisão que julgou os embargos de declaração.

A sanação do vício de omissão não merece atenção menor. De fato, se, *ad exemplum tantum*, o magistrado prolator da decisão embargada deixou de examinar um dos argumentos tecidos pela parte em sua defesa, ensejando a interposição de embargos de declaração por vício de omissão, deverá tal argumento ser examinado pelo mesmo magistrado prolator da decisão viciada. Isso porque somente ele terá condições de afirmar o seu grau de convencimento sobre os fatos da causa e, portanto, qual ou quais argumentos serão decisivos e suficientes para infirmá-lo. Ou, da mesma forma, somente o magistrado prolator da decisão embargada terá condições de expor se ele realmente não formou o seu convencimento em torno de tal argumento ou se apenas deixou de externá-lo na sentença, fazendo-o agora, em sede de embargos de declaração. Talvez, o magistrado prolator da decisão embargada venha a inadmitir os embargos, por entender que sequer havia omissão, uma vez que tal argumento se encontrava implicitamente rechaçado em outra parte da decisão alvejada.

Remeter, pois, o julgamento de embargos de declaração por omissão para magistrado diverso daquele prolator da decisão embargada implica em admitir o rejuízo da causa, pois, decerto, o novo magistrado terá de formar o seu próprio convencimento a respeito de todas as questões postas, a fim de lograr externar qual a repercussão do exame da questão omitida para o resultado da causa, se teria o condão de redefinir a solução dispensada – e, em caso afirmativo, em qual medida – ou não.

Tais considerações foram tecidas apenas no intuito de que tenhamos ciência de que o julgamento dos embargos de declaração por magistrado diverso do prolator da decisão embargada traz como consequência resultado absolutamente diverso daquele para o qual foi criada essa espécie de recurso e que, em tese, a tornaria tão peculiar em relação aos demais. Daí por que devemos estar conscientes das implicações de se adotar, sistematicamente e como regra, essa forma de julgamento dos embargos de declaração. Onde ficaria a *efetividade* do recurso de embargos de declaração ao se adotar uma forma de julgamento que desvirtua a própria finalidade e os contornos deste instituto? Como podemos ainda afirmar que a segunda decisão apenas integra a primeira, para com ela formar *um todo*⁸, se não nos preocupamos em guardar qualquer mínimo grau de comprometimento com a higidez da convicção formada pelo primeiro magistrado no julgado embargado? Ou, ainda, qual o “grau de celeridade” que consistiria em um preço justo a ser pago em troca do desvirtuamento dos embargos por definição?

Passemos à análise de um princípio processual umbilicalmente relacionado à temática ora abordada.

III. O PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ E A SUA APLICAÇÃO AO JULGAMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.

O princípio da identidade física do juiz preconiza a vinculação da pessoa do magistrado que praticou determinado(s) ato(s) processual(is) para a prática de outro. Tal princípio encontra previsão legal no artigo 132 do Código de Processo Civil.

Tradicionalmente, o princípio da identidade física do juiz é invocado para vincular o magistrado que presidiu a audiência de instrução e julgamento com produção de prova oral à prolação da sentença. A preocupação com a vinculação nessa hipótese deve-se ao fato de que haveria impressões e conclusões a serem extraídas do depoimento oral que somente seriam plenamente perceptíveis pelo próprio magistrado que esteve pessoalmente na presença do depoente, sendo que tais noções escapariam à mera leitura da ata da audiência. Vale dizer, para que a prova oral produzida em audiência tenha extraído o seu máximo potencial probatório, necessário se faz que o mesmo magistrado que a colheu também prolate a sentença. Portanto, não caberia ao mesmo *juízo* prolatar a sentença, mas, indo além, ao mesmo *juiz*.

O artigo 132 do Código de Processo Civil traz o princípio da identidade física *como regra* para essa hipótese, elencando, a seguir, as respectivas exceções.

Assim é que o citado dispositivo legal prevê a hipótese em que o magistrado foi *convocado* para exercer a função jurisdicional em órgão hierarquicamente superior, acarretando,

⁸ Afirma-se, em sede doutrinária, com absoluta propriedade técnica, que a decisão que julga os embargos de declaração não consiste (ou não deveria consistir) em novo julgamento, mas em uma decisão que se integra à decisão embargada, para formar “um todo”, nas precisas palavras de Fredie Didier. Essa tradicional e correta afirmação resta vulnerada com a prolação da decisão dos embargos por um magistrado diverso do prolator da decisão embargada.

com isso, a suspensão do exercício de suas funções no órgão jurisdicional de origem, onde ele havia presidido a audiência de instrução e julgamento. Portanto, nessa hipótese legal, o magistrado não está exercendo a função judicante em primeira instância por ocasião da prolação da sentença.

Prossegue a redação da norma em análise mencionando a hipótese em que o magistrado encontra-se *licenciado*, configurando, pois, uma situação em que o mesmo não está exercendo a função judicante, seja em qual instância for.

O mencionado artigo prevê, ainda, as hipóteses em que o magistrado que presidiu a audiência de instrução e julgamento foi *promovido*, situação em que não mais exercerá a função jurisdicional perante aquela instância em caráter definitivo, passando a exercê-la, dali em diante, em instância superior, ou *aposentado*, em que o mesmo deixa de exercer a judicatura definitivamente. Todas essas hipóteses guardam em comum a circunstância de o magistrado *não estar exercendo a função jurisdicional*, seja em *absoluto* – por estar licenciado ou aposentado – seja, *ao menos, em 1ª instância* – por ter sido convocado ou promovido.

Por fim, como última exceção prevista no artigo 132, temos a hipótese em que o magistrado encontra-se *afastado por qualquer motivo*. Em uma análise *sistemática* do citado dispositivo legal, constata-se que se trata do afastamento do magistrado *do exercício da função judicante*, como, de fato, é a nota distintiva de todas as exceções previstas no artigo 132. Podemos citar como exemplo o afastamento do magistrado por estar ministrando, por determinado período de tempo, um curso em outro estado ou participando de um congresso em outra localidade.

Cumpra acrescentar que, segundo as regras de interpretação, as exceções devem ser interpretadas restritivamente⁹. No entanto, os tribunais pátrios vêm dispensando, ao longo dos últimos anos, interpretação marcadamente extensiva ao conceito de “afastamento por qualquer motivo”, distanciando-a do critério de interpretação das demais exceções, a ponto de entender que, ainda que o magistrado esteja *exercendo regularmente a função jurisdicional perante a primeira instância* – mesmo que em uma Vara vizinha àquela onde havia presidido a audiência de instrução e julgamento -, a sentença deverá ser prolatada pelo novo magistrado em exercício naquele órgão jurisdicional.

E tal interpretação vem sendo amplamente aplicada ao julgamento dos embargos de declaração. Entende a jurisprudência pátria, majoritariamente, que o fato de o magistrado não estar exercendo a função judicante naquele órgão jurisdicional no momento em que devam ser julgados

⁹ Assim leciona Carlos Maximiliano, *in verbis*: “A regra do art. 6º da antiga Lei de Introdução ao Código Civil consolida o velho adágio – interpretam-se restritivamente as disposições derogatórias do Direito comum, brocardo este correspondente ao dos romanos – *exceptiones sunt strictissimoe interpretationis*. (...) Restrições ao uso ou posse de qualquer direito, faculdade ou prerrogativa não se presumem: é isto que o preceito estabelece. Devem ressaltar dos termos da lei, ato jurídico, ou frase de expositor. (...) Basta lembrar que os textos proibitivos e os que impõem condições quase sempre se incluem no Direito Excepcional, sujeito a exegese estrita e incompatível com o processo analógico.” MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 19ª Ed. Rio de Janeiro: Forense. 2006. pp. 192, 193 e 200.

os embargos de declaração o escusa de apreciá-los, *sem que seja necessário sequer verificar a viabilidade ou não de que ele o faça*¹⁰.

Vale dizer, a jurisprudência hoje dominante preconiza e prestigia como *primeira medida*, ou como *procedimento padrão* a ser adotado, a escusa de o magistrado prolator da decisão embargada julgar os embargos de declaração devido ao fato de ele não estar, circunstancialmente, exercendo a judicatura na Vara onde o respectivo processo tramita. Não há, portanto, *sequer uma recomendação* no sentido de examinar o caso concreto, verificando-se se o magistrado prolator da decisão embargada teria condições de julgar o recurso, por estar exercendo as suas funções na mesma ou em próxima comarca. De fato, muitos são os casos de juízes substitutos que exercem a função jurisdicional em dada região de um estado, sempre em Comarcas vizinhas. Há situações em que o magistrado profere a decisão embargada; em seguida, passa a exercer as suas funções em Comarca contígua, e, com isso, o julgamento dos embargos é remetido automaticamente ao outro juiz que se encontra, agora, lotado naquele órgão jurisdicional. No entanto, por vezes, logo depois do julgamento dos embargos de declaração, o primeiro magistrado, que havia proferido a decisão embargada, volta a exercer a judicatura naquela mesma Vara, voltando até mesmo a despachar naquele mesmo processo.

Reconhecemos que a lei andou bem ao excepcionar do âmbito de incidência do princípio da identidade física do juiz situações que se mostrem excessivamente onerosas e dispendiosas, inclusive do ponto de vista do tempo necessário. Daí ter concebido como excessivamente oneroso vincular o magistrado que estiver exercendo as suas funções perante o tribunal ao julgamento de embargos de declaração em primeira instância, pois os autos deveriam ser remetidos ao tribunal, por vezes, situado em outro estado – como é o caso de juízes federais em relação a Tribunais Regionais Federais –, para que o magistrado pudesse julgar o recurso.

Desse modo, se, de um lado, a lei pretendeu *coibir excessos* que, ao invés de beneficiarem as partes, acabariam por impor-lhes longa espera e elevados custos, é preciso, de outra parte, traçar *limites de razoabilidade* dentro dos quais *é possível e razoável* *sim* observar o princípio da identidade física do juiz. Indo além, como regra, é recomendável e salutar para o alcance das

¹⁰ Nesse sentido, vide os seguintes julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro: 2009.001.13093 DES. JAIR PONTES DE ALMEIDA - Julgamento: 26/05/2009 - QUARTA CAMARA CIVEL. “Direito do Consumidor - Compra e Venda a Prazo - Impossibilidade do Comprador de Continuar Efetuando o Pagamento das Parcelas - Rescisão Possibilidade - Não podendo a compradora continuar honrando os pagamentos, por motivo alheio a sua vontade, impõe-se a rescisão do contrato. Hipótese em que os móveis comprados não chegaram a ser entregues. Restituição de parte dos valores pagos. Inteligência do artigo 53, do Cód. de Defesa do Consumidor. Questão Processual - I - Princípio da Identidade Física do Juiz - Violação - Inocorrência - Não se aplica aos Embargos Declaratórios o princípio da identidade física do Juiz. II Gratuidade de Justiça - Faz jus ao benefício aquele que comprova não ter meios para custeio das despesas processuais, constituindo-se a declaração de imposto de renda em prova de hipossuficiência. Decisão reformada.” 2007.002.33674. DES. ANDRE ANDRADE - Julgamento: 05/03/2008 - SETIMA CAMARA CIVEL. “Princípio da identidade física do juiz. Embargos de declaração interpostos contra despacho saneador. Inexistência de vinculação do magistrado prolator da decisão embargada. Ausência de nulidade. Validade da decisão que declinou da competência da Vara Cível para a Vara Empresarial. Desprovimento do recurso.” 2008.008.00428. DES. EDSON VASCONCELOS - Julgamento: 17/10/2008 - DECIMA SETIMA CAMARA CIVEL “CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - JULGAMENTO - PROMOÇÃO DO JUIZ PROLATOR DA SENTENÇA - IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ - EXCEÇÃO O juízo suscitante prolatou sentença e posteriormente foi promovido para comarca de entrância especial, motivo pelo qual cessou sua vinculação para julgamento dos embargos de declaração. Inteligência do art. 132 do Código de Processo Civil. Manifesta procedência do conflito.”

finalidades de um processo justo e efetivo que tal princípios seja prestigiado nesta hipótese¹¹. Se reconhecemos o princípio da identidade física do juiz como um princípio valioso e identificamos as vantagens por ele conferidas, é necessário traçar parâmetros razoáveis dentro dos quais se mostra mais vantajoso prestigiá-lo do que afastá-lo.

IV. CONCLUSÃO.

De um lado, reconhecemos que não se podem perder de vista questões pragmáticas, como o custo do processo e o tempo despendido. No entanto, por outro lado, entendemos que o princípio da identidade física do juiz traz valiosas contribuições para o Direito Processual, inclusive o contemporâneo. Particularmente no julgamento dos embargos de declaração, ousamos afirmar que a tentativa de se fazer prestigiar o princípio da identidade física do juiz implica preocupar-se, verdadeiramente, com que os objetivos para os quais os embargos foram criados sejam alcançados. Importa, ainda, em um compromisso de se extrair a máxima utilidade deste recurso, permitindo que realmente se alcancem a integração e o esclarecimento da decisão embargada, e não um novo julgamento, uma nova convicção em torno da questão debatida.

Desse modo, se há *dois valores* em questão, faz-se necessário *ponderá-los* e criar parâmetros e balizamentos racionais dentro dos quais se afigure razoável pender para tal ou qual lado. Essa é a proposta ora suscitada. Entendemos que o princípio da identidade física do juiz no julgamento dos embargos de declaração nos oferece vantagens valiosas - dentre os quais a própria efetividade deste recurso e a preservação de sua identidade e seus propósitos - que justificam sim o seu prestígio, caso isso não implique em excessivo dispêndio de recursos e de tempo. Ou seja, há sim, a nosso entender, situações em que se mostra absolutamente razoável envidar esforços no sentido de prestigiar o julgamento dos embargos de declaração pelo mesmo magistrado que proferiu a decisão embargada. E não se deve conceber essa proposta como um mero entrave ou um obstáculo deliberado e injustificado à celeridade processual. Em absoluto. Pretendemos pugnar por uma reflexão em torno do tema, chamando a atenção para o fato de que há inúmeras situações em que se mostra plenamente factível e justificável, isso sim, prestigiar o princípio da identidade física do juiz no exame de tal espécie recursal. Em muitos casos, com um custo reduzido e um dispêndio mínimo ou quase nulo de recursos, ganha-se muito em termos de *efetividade processual*.

De fato, remeter os autos para o juiz que se encontra na Vara ao lado, para que ele autêntica e verdadeiramente *esclareça* uma decisão sua que padece de inegável obscuridade, socorrerá imensamente ao valoroso anseio de justiça de toda a sociedade. Se, em vez disso, propugnarmos que, como regra de conduta e premissa teórica, já se remetam os autos para julgamento pelo magistrado que circunstancialmente está exercendo a função jurisdicional naquela Vara naquele exato instante – e que certamente terá as mesmas dificuldades em decifrar a decisão embargada que os advogados das partes tiveram – implica um esvaziamento deliberado do recurso de embargos de declaração, contentamo-nos com o lastimável fato de que este recurso já não mais

¹¹ A respeito dos subprincípios do acesso à justiça, mais particularmente o da operosidade e o da proporcionalidade, vide CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense. 2000.

estará sequer vocacionado a servir como meio de integração ou esclarecimento da decisão embargada, mas em um novo e diverso julgamento.

Uma coisa é reconhecermos que, excepcionalmente, o juiz prolator da decisão embargada não poderá, naquele caso, julgar os embargos de declaração, pois, conscientemente e baseando-se em parâmetros de razoabilidade, verificou-se ser excessivamente oneroso aplicar o princípio da identidade física do juiz. Outra, completamente diversa, consiste na situação atualmente verificada, em que insistimos em tecer afirmações teóricas em torno dos embargos de declaração que destoam drasticamente de sua aplicação prática. A afastarmos o princípio da identidade física do juiz no julgamento dos embargos de declaração como regra, teremos de passar a reconhecer que este recurso implica no rejuízo da causa e, quiçá, no autêntico efeito devolutivo, já que, repita-se, agora como regra, o recurso será, de fato, rejuízo, com base em convicção formada por um novo magistrado.

Estariamos nos resignando a adotar, *como regra*, uma forma de julgamento que vulnera a própria essência do recurso dos embargos de declaração. Dentro dessa tônica da celeridade, não seria razoável despendar alguns dias a mais de tempo, se, em contrapartida, obtivermos o esclarecimento de uma decisão pelo seu próprio redator, tal qual se concebeu o recurso de embargos? Será que o jurisdicionado, consumidor da prestação jurisdicional, nas célebres palavras de Cândido Dinamarco¹², se acaso instruído das implicações e indagado, não entenderia que este seria um preço bem pago se for a bem da justiça e da efetividade, mesmo sendo o tempo, atualmente, uma valiosíssima moeda de troca?

Embora cientes de que tal discussão consiste em tarefa pouco confortável diante da grande tônica que inegavelmente é a celeridade (a todo custo), ou até mesmo por isso, devemos nos forçar a refletir sobre a própria estrutura do Direito Processual brasileiro. Não podemos nos arriscar a ingressar em uma caminhada irrefletida. Estamos diante de uma ciência cujos institutos estão em permanente contato e interferência – com efeito, vivenciamos a interrelação entre os princípios e institutos processuais diariamente na prática forense, nos autos de milhares de processos judiciais -, e, por isso, prestigiar-se sistemática e quase cegamente um único instituto ou princípio significará, inevitavelmente, vulnerar – ou sepultar – outros tantos.

Podemos até fazê-lo. De fato, pretende-se sempre que o Direito Processual evolua corajosamente, afeito às mudanças da sociedade a que visa atender; essa é, em última análise, a fonte de renovação de sua própria legitimidade. No entanto, as mudanças, quanto mais drásticas e profundas, mais precisam ser conscientes e (profundamente) refletidas. E, mais uma vez, afirmamos que cabe aos processualistas avaliar *até que ponto* ceder aos reclamos de um único princípio, notadamente a celeridade, implica em uma verdadeira evolução. Maior a responsabilidade daqueles que têm, ou devem ter, a real dimensão das implicações, inclusive democráticas, das mudanças que estão sendo empreendidas.

É preciso que reconheçamos que, a interpretarmos as exceções ao princípio da identidade física do juiz no julgamento dos embargos de declaração com a extensividade atualmente

¹² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil. Vol. I. Op. Cit.* p. 108.

prevalente, estamos, em verdade, reduzindo-o ao ponto de praticamente anulá-lo. A mera tomada de consciência quanto a essa problemática, a nosso ver, já representa mais do que o meio do caminho, parafraseando Aristóteles¹³, pois significa que, de todo modo, que estaremos caminhando firmes e cientes do que estamos deixando para trás.

Os rumos do direito processual têm implicações muito profundas no seio da sociedade e, por isso, devem ser cuidadosamente delineados por juristas e aplicadores do Direito, como fiéis tradutores dos anseios sociais e guardiães das valiosas conquistas já alcançadas. O carro da celeridade deve ser cautelosamente conduzido a serviço dos primados do Direito Processual, não podendo, ao contrário, vagar desgovernadamente sobre valores e princípios, especialmente a efetividade e a justiça.

¹³ “O começo é mais que metade do todo, e muitas das questões que formulamos são aclaradas por ele.” Aristóteles. *Ética a Nicômaco*. Sao Paulo: Martin Claret. 2005. p. 28.

SENTENÇA LIMINAR DE IMPROCEDÊNCIA EM DEMANDAS SERIADAS

(ART. 285-A DO CPC)

GUILHERME KRONENBERG HARTMANN

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

1 – Noções iniciais.

O método processual submete-se a uma organização procedimental, de forma seqüencial, num sistema de preclusões, capaz de amadurecer e dar desfecho às questões aduzidas no processo, tornando possível a desejada realização da justiça.

A noção de tempo, naturalmente, passa a ter papel relevante, pois a prestação jurisdicional tardia, ao extrapolar o íterim de vida necessário a sua prolação (e efetivação), causa prejuízo aos jurisdicionados e à própria credibilidade do Poder Judiciário.

A elaboração de uma justiça instantânea constitui um projeto deveras utópico, uma vez que o bem da vida deve ser dado àquele que efetivamente tenha razão, o que impende um período conveniente para demonstração, prova e análise do direito trazido a Juízo, em reverência à segurança jurídica ¹.

Não se olvide, bem assim, que é possível priorizar a celeridade processual, sem qualquer descuido quanto à justiça da decisão. Um procedimento mais extenso não exprime decerto uma decisão mais justa, até porque quanto mais demorado for o processo, menor será a utilidade do vencedor em colher os frutos decorrentes do objeto litigioso ².

Aliás, ainda que num contexto de instrumentalidade do processo, vale destacar que o inveterado fascínio pela certeza, ou pelo atendimento irrestrito do direito objetivo, concorre, assim mesmo, para a injustiça da decisão, já que é impossível conformar de forma absoluta os fatos, além do conteúdo das normas e sua correspondente subsunção, com a verdade.

Por cautela, a aspiração da norma, adotada como base ou medida para a realização ou avaliação de algo, deve sempre ser trazida à memória.

¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. 1, 4ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 30. Resta preconizado que o *due process of law* além de garantir uma oferta de oportunidades previamente conhecidas para a prática de atos processuais, ainda impõe certas limitações relacionadas com o tempo, lugar e modo de sua realização, em prol da segurança dos demais sujeitos processuais.

² CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à Justiça: Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 79.

“(…) não se busca a efetividade dos preceitos jurídicos em homenagem pura e simples ao direito objetivo, mas para a felicidade das pessoas. Mas, pressupondo-se que o direito objetivo seja sempre portador de preceitos capazes de criar situações justas, cumprir o direito é fazer justiça”³.

Exatamente neste sentido, atenta ao equilíbrio das exigências conflitantes, num intuito de eliminação rápida, mas ponderada de litígios, a técnica processual demonstra um quadro permissivo para abrandar a obsessão pelo atendimento do direito material⁴, como ocorre no emprego das presunções relativas – servem para afastar o ônus de estabelecer a verdade sobre alegações de difícil comprovação, simplificando o tramitar processual –, bem como das preclusões – simbolizam uma fonte de riscos quanto à fidelidade do resultado do processo, diante da não-efetivação do contraditório.

Em todo o tempo, o risco de erro judiciário estará presente, por efeito direto da falibilidade humana. Em alguns momentos, porém, como forma de viabilizar os julgamentos, sem majoramento relevante da incerteza, o perigo poderá ser calculadamente aceito, desde que constitua um custo tolerável de outros proveitos certos, como a celeridade e efetividade.

Prosseguindo, as regras processuais e a dimensão do rito possuem papel proeminente para que a prestação jurisdicional seja tempestiva, com amplo reflexo no asseio de trabalho do Poder Judiciário, mormente no atual contexto de globalização e explosão demográfica, o que só faz por quantificar o acervo de processos litigiosos. Isso justifica a intensa atividade legislativa para simplificar/reduzir o procedimento, tornando-o mais célere, com a pré-ordenação de instrumentos processuais capazes de promover a efetiva tutela de direitos⁵.

Todavia, tais esforços não podem estar dissociados da preservação das garantias constitucionais, evitando-se um sumário e desarrazoável linchamento do autor ou réu, em seu respectivo aspecto de atuação. A respeito, já se manifestou com propriedade, José Carlos Barbosa Moreira:

“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”⁶.

É importante destacar que a corrente formulação de soluções mágicas, ou mesmo a deliberada importação de mecanismos processuais estrangeiros, nem sempre ocasiona um impacto positivo no funcionamento do ordenamento jurídico, ajustando-se a nossa realidade. Dá-se vulto, entretanto, a falta de base empírica das últimas reformas legislativas, diante da ausência de dados

³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, p. 34.

⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel Dinamarco. *A Instrumentalidade do Processo*, 13ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 292.

⁵ Esse momento histórico de transformação legislativa, sobretudo no período de 2005/2006, guarda compatibilidade com o princípio da razoável duração do processo (art. 5, inciso LXXVIII da Constituição Federal, introduzido pela EC 45/2004).

⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual, 8ª Série: O futuro da Justiça: alguns mitos*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 5.

concretos, de estatísticas abrangentes e confiáveis ⁷, que revelem as causas da disfunção da prestação jurisdicional ⁸. É a ilação de que não podemos gerenciar aquilo que não é medido.

Não se pretende censurar toda e qualquer reforma legislativa, mas ponderar pela imprescindibilidade de uma adequada reflexão sobre o desiderato a ser alcançado, resguardando a integridade e coerência do sistema.

Deve ser feita análise, inclusive, de que a função do Poder Judiciário não se esgota em seu escopo jurídico, de atuação da vontade concreta da lei. Sem tal advertência, corremos o risco, já perceptível, de elevar ao primeiro plano o aspecto quantitativo, em detrimento da qualidade da prestação jurisdicional. Já se afirmou, categoricamente, que:

“(...) qualquer projeto de reforma que se limite a pretender resolver o problema da quantidade de processos que sufoca os tribunais superiores está atacando apenas as conseqüências da crise do Judiciário e não as suas causas, que continuarão a existir e, não encontrando espaços na Justiça estatal para o seu equacionamento, irão buscar outras vias de solução, nas quais provavelmente prevalecerá sempre a vontade do mais forte” ⁹.

Com tais considerações, dentre as inúmeras alterações promovidas que foram e permanecem sendo objeto de discussão na comunidade jurídica, pinça-se uma delas para um maior aprofundamento nesta resenha. Intenta-se verificar se tal mecanismo é adequado às nossas necessidades.

2 – Sentença Liminar de Improcedência em Demandas Seriadas ¹⁰.

2.1 – Significado.

⁷ A EC 45/04 já trouxe inovação nesse sentido (artigo 103-B, inciso VI da Constituição Federal).

⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual, 9ª Série*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2007, p. 368.

⁹ GRECO, Leonardo. *Estudos de Direito Processual: A reforma do Poder Judiciário e o Acesso à Justiça*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 588.

¹⁰ A denominação do instituto ainda não se tranqüilizou, sendo adotado nesta resenha, com a devida vênua, um conceito que objetiva tão-somente facilitar a sua compreensão. Encontram-se as seguintes variações em sede doutrinária, dentre outras: Improcedência *prima facie* (BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*, 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 54; DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1. 7ª ed. Salvador: JusPodivm, 2007, p. 411); Julgamento de improcedência *prima facie* das demandas seriadas ou repetitivas (THEODORO JR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 406); Improcedência manifesta do pedido (NOGUEIRA, Gustavo. *A Improcedência Manifesta do Pedido*. In: A Nova Reforma Processual, Gustavo Santana Nogueira (Coord.). Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p.131/143); Julgamento liminar das ações repetitivas (MARINONI, Luiz Guilherme Marinoni; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: RT, 2008, p. 294); Indeferimento *in limine* (FUX, Luiz. *A reforma do Processo Civil*. Niterói: Impetus, 2006, p. 23/28); Resolução imediata do mérito (SILVA, Edward Carlyle. *Direito Processual Civil*. Niterói: Impetus, 2007, p. 287); Resolução Imediata do Processo (NEVES, Daniel Amorim Assumpção; RAMOS, Glauco Gumerato; FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima; MAZZEI, Rodrigo. *Reforma do CPC: Leis 11.187/05, 11.232/05, 11.276/06, 11.277/06 e 11.280/06*. São Paulo: RT, 2006, p. 373. Vale ressaltar que respeitável doutrina já afirmou que o termo “sentença liminar”, nominativo vulgar do art. 285-A do CPC, aparenta-se contraditório (PINHO, Humberto Dalla Bernardina de Pinho. *Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2007, p. 202).

Introduzido pela lei 11.277, de 08/02/2006, o art. 285-A do Código Processual Civil prevê um mecanismo que permite ao juiz, nos casos de reiterada repetição de matéria de direito posta em juízo, suprimir vários atos do procedimento, dispensando a citação, para proferir decisão que reproduza precedente do mesmo juízo, no sentido da total improcedência do pleito.

Entretanto, a admissão para que o feito possa ser extinto antes da fase instrutória, liminarmente ¹¹, não reflete uma inovação sem precedentes. Na verdade, o ordenamento jurídico já previa mecanismos que possibilitavam a extinção do feito, com ou sem resolução do mérito, no limiar do decorrer processual. Relembrem-se as hipóteses de indeferimento da inicial (art. 267, inciso I do CPC), além da extinção do processo fundada no reconhecimento de prescrição ou decadência (art. 269, inciso IV c/c art. 219, parágrafo 6º, ambos do CPC), respectivamente.

A intenção do legislador é clara: trazer novas diretrizes para o processo civil, com a criação de um filtro já na porta de entrada do Poder Judiciário ¹², para abrandar o tempo de litigância, em clara alusão de combate aos processos repetitivos.

Prestigioso doutrinador já observou com propriedade que:

“(...) é preciso dar atenção à multiplicação das ações que repetem litígios calcados em fundamentos idênticos, solucionáveis unicamente a partir da interpretação da norma. A multiplicação de ações desta natureza, muito freqüente na sociedade contemporânea, especialmente nas relações travadas entre o cidadão e as pessoas jurídicas de direito público ou privado - como aquelas que dizem respeito à cobrança de um tributo ou à interpretação de um contrato de adesão -, geram, por conseqüência lógica, mais trabalho à administração da justiça, tomando, de forma absolutamente irracional, tempo e dinheiro do Poder Judiciário” ¹³.

O novel instituto legal está escorado na noção de que se por um lado existe um direito abstrato de qualquer cidadão de procurar o Judiciário, por outro, deverá existir um direito correspondente de outro cidadão a não ser molestado em lide absolutamente desnecessária.

Extrai-se, portanto, o significado da norma: já tendo o Poder Judiciário fixado reiteradamente o conteúdo de determinada decisão ¹⁴, torna-se despiciendo prosseguir em processo repetitivo para obtenção de igual solução, sob pena de infundado gasto de energia ¹⁵.

¹¹ Liminar identifica aquilo que é realizado no início. A sentença liminar é aquela concedida *in limine liti*, isto é, no início da lide, configurando um conceito tipicamente cronológico.

¹² Registre-se que a lei 11.418/06, ao contrário, instituiu um mecanismo de filtragem no topo da pirâmide do Poder Judiciário, na instância especial, admitindo ao STF, de forma exclusiva, a deixar de conhecer o recurso extraordinário cuja questão constitucional não revele repercussão geral (art. 543-A do CPC).

¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Ações repetitivas e julgamento liminar*. Disponível em: < http://www.professormarinoni.com.br/manage/pub/anexos/20080129021407ACOES_REPETITIVAS_E_JULGAMEN TO_LIMINAR.pdf >, acesso em 06 de setembro de 2009.

¹⁴ TUCCI, José Roberto Cruz e. *Precedente Judicial como Fonte de Direito*, 1ª ed. São Paulo: RT, 2004.

¹⁵ NOGUEIRA, Gustavo. *Op. cit.*, p. 133. O autor examina que o juiz, ao aplicar o art. 285-A do CPC, apenas dá ao caso concreto uma solução que fatalmente seria dada por ele próprio ao final do processo, após penoso e dispendioso período de tempo, em que as partes se alimentariam de um falso medo (o de perder) e de uma falsa esperança (a de ganhar).

Diga-se que o mecanismo é plenamente empregado e adequado à sistemática dos Juizados Especiais Cíveis, órgãos assoberbados de trabalho, estando em perfeita consonância com os seus princípios norteadores (art. 2º da lei 9.099/95)¹⁶, sobretudo na esfera federal, onde já vigorava antes mesmo da vigência da lei 11.277/06¹⁷.

2.2 – Aplicabilidade.

A sentença liminar aqui relatada somente poderá ser proferida nas hipóteses em que a matéria controvertida¹⁸ seja unicamente de direito, o que se dá, usualmente, de forma exemplificativa, nas questões tributárias e previdenciárias¹⁹. O raciocínio é de que as questões de fato guardam particularidades que podem levar a um resultado diverso entre si.

Na verdade, a exigência legal é de que não haja controvérsia fática. Se a questão de fato exigir dilação probatória, descaberá aplicar o instituto²⁰.

Vale apresentar o seguinte raciocínio para um escoreito entendimento da utilização do instituto em comento: o julgador, antes ou depois da lei 11.277/06, observando que as questões do feito sejam unicamente de interpretação legal, poderia, após a citação, julgar antecipadamente à lide (art. 330, I do CPC). Agora, com a vigência do art. 285-A CPC, em semelhante hipótese de inexistência de questão fática a ser dirimida no feito, o legislador antecipou o julgamento pelo mérito da causa para antes da citação, exigindo, porém, por isso mesmo, que a sentença seja de total improcedência.

¹⁶ Consolidação de Enunciados dos Juizados Especiais do Estado do Rio de Janeiro. Aviso nº 23/2008. 14.12 – “Aplica-se nos Juizados Especiais Cíveis o artigo 285-A do CPC”.

¹⁷ II Fórum Nacional dos Juizados Especiais Federais (FONAJEF), realizado em outubro/2005. Enunciado nº 1: “O julgamento de mérito de plano ou *prima facie* não viola o princípio do contraditório e deve ser empregado na hipótese de decisões reiteradas de improcedência pelo juízo sobre determinada matéria”.

¹⁸ É notável que a referência legislativa concerne à controvérsia já suprida nos julgados formadores dos precedentes, ao menos naquele juízo.

¹⁹ “Administrativo e Processual Civil. Índices. Correção monetária. Juros progressivos. Conta vinculada ao FGTS. Aplicação do art. 285-A do CPC. Improcedência do pedido. I – Demanda proposta objetivando a aplicação de juros progressivos e expurgos inflacionários sobre saldo de conta vinculada ao FGTS. II – Juros progressivos: matéria pacificada pelo STJ, no sentido de que devem ser atendidos todos os requisitos legais para sua incidência. III – Expurgos inflacionários: aplicação do verbete nº 252 do colendo STJ. IV – Admissão no emprego e opção ao FGTS ocorrida em 01/06/90, após vigência da Lei nº 8.036/90. Remuneração correta de juros no percentual de 3% ao ano. IV – Aplicação do art. 285-A do CPC quando se trata de ações em que se postulam pedido de total improcedência verificada de plano. V – Apelação conhecida e desprovida. Manutenção da sentença proferida pelo juízo de 1º grau”. BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Apelação Cível 2007.51.17.005480-2. Relator: Des. Fed. Guilherme Calmon Nogueira da Gama. Julgamento: 16/03/2009.

²⁰ “Ação Revisional c/c Reparação de Danos c/c Repetição do Indébito. Anatocismo. Cartão de Crédito. Autor alega a vedação de cláusulas abusivas nos contratos, a inexigibilidade da comissão de permanência, a proibição de capitalização de juros e a ilegalidade da cláusula mandato. Sentença com fulcro no art. 285-A do CPC julgou improcedentes os pedidos. Inconformado, o autor apelou (...). Ocorre que para se comprovar a existência do anatocismo não se poderia prescindir da realização de prova pericial, reconhecendo-se, então, a perícia como único meio hábil de se comprovar ou não a ocorrência do anatocismo. Questão controvertida que afasta a aplicação do art. 285-A do CPC. Com efeito, deve a sentença ser anulada, ficando prejudicada a análise do mérito do recurso. Recurso conhecido para dar provimento no sentido de anular a sentença para o devido prosseguimento do feito”. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível 2007.001.11650. Relator: Des. Siro Darlan de Oliveira. Julgamento: 11/03/2008.

Aliás, não poderia ser diferente, uma vez que o resultado de procedência proferido liminarmente, sem a citação do réu, cercearia qualquer chance de defesa. Da mesma forma, se parcialmente procedente, ainda assim teríamos um vencido indefeso ²¹.

Outro pressuposto é a exigência de casos idênticos no juízo ²². Se o fim em vista é combater processos repetitivos, naturalmente decorre a ilação de que estarão envolvidas partes distintas. Quer isso significar que não há exigência de tríplice identidade dos elementos identificadores da demanda, sob pena de caracterização de litispendência (art. 301, parágrafo 2º do CPC). Na verdade, os casos idênticos reclamam, portanto, a igualdade da tese jurídica, que naquele juízo, já encontrou oportuna resposta. Nesse diapasão, vale observar:

“(…) é indispensável que a questão de direito suscitada na nova demanda seja exatamente a mesma enfrentada na sentença anterior. As causas identificam-se pelo pedido e pela causa de pedir. Se a tese de direito é a mesma, mas a pretensão é diferente, não se pode falar em ‘casos idênticos’, para os fins do art. 285-A. Da mesma forma, não ocorrerá dita identidade se, mesmo sendo idêntico o pedido, os quadros fáticos descritos nas duas causas se diferenciarem” ²³.

O juiz deverá tornar clara a relação de identidade entre os casos anteriormente julgados – constituintes da sentença padrão, por ele mesmo proferida, sendo visivelmente vedado o “empréstimo de precedentes” perante juízes de primeiro grau de jurisdição – e o processo novo ²⁴, ainda que de forma sucinta ²⁵, possibilitando ao recorrente o cotejo das decisões paradigmas com a sentença de improcedência proferida no seu feito.

²¹ “(...) Para que seja possível a aplicação do artigo 285-A do CPC será necessário que a matéria seja exclusivamente de direito, bastando que as questões de fato sejam comprovadas por provas documentais e, além disso, é necessário, também, que se trate de causa repetitiva. Também não há que se falar em incompatibilidade deste dispositivo com o rito do Juizado Especial Cível, já que, atende aos princípios da celeridade e da economia processual, os quais também norteiam a aplicação da lei 9.099/95. Entretanto, no caso em julgamento, o magistrado, antes da AIJ e antes de receber a contestação do réu, julgou procedente em parte o pedido do autor. A decisão, então, não foi totalmente favorável ao réu. Assim, houve a violação do artigo 285-A do CPC. Neste caso, houve, na sentença, violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa, já que foi retirada do réu a oportunidade de, em tese, influir na decisão judicial, já que esta se deu pela procedência dos pedidos autorais, ainda que em parte. Neste caso, considerando o princípio da oralidade e considerando que não estão presentes as hipóteses do artigo 285-A do CPC, conheço o recurso e voto para que lhe seja dado provimento a fim de declarar a nulidade do processo a partir da audiência de conciliação, para que seja designada uma nova AIJ”. BRASIL. Conselho Recursal dos Juizados Especiais Cíveis do Estado do Rio de Janeiro. Recurso Inominado 2009.700.008320-3. Juíza: Carla Silva Correa. Julgamento: 12/03/2009.

²² “Improcedência *prima facie* do pedido, com esteio no novel art. 285-A, do CPC. Inexistência de sentença de total improcedência anteriormente proferida no mesmo juízo. Inaplicabilidade do dispositivo. Vedação à interpretação extensiva da norma, por encerrar exceção ao devido processo legal. *Error in procedendo*. Sentença cassada. Recurso provido”. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível 2008.001.66174. Relator: Des. Carlos Eduardo Passos. Julgamento: 07/01/2009.

²³ THEODORO JR, Humberto. *Op. cit.*, p. 407.

²⁴ “Administrativo. Apelação. Ação de Cobrança. Aplicação do art. 285-A. Ausência de sentença paradigma. Anulação da decisão. É de se reconhecer a inaplicabilidade do artigo 285-A quando o magistrado apenas menciona a existência de decisão paradigma em suposto processo de idêntico teor, sem indicar adequadamente os elementos processuais de ambos os feitos, a fim de que se possa verificar sua identidade, de forma a permitir a aplicação da regra”. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível 1.0439.08.089198-9/001. Relator: Des. Dídimo Inocêncio de Paula. Julgamento: 05/03/2009.

²⁵ “Apelação Cível. Brasil Telecom S/A. Contrato de participação financeira. Julgamento antecipado na hipótese de ações repetitivas. Inteligência do art. 285-A do CPC (lei n. 11.277/06). A incidência do novo artigo 285-A, do CPC que permite ao juiz proferir *in limine* sentença de improcedência, exige cotejo analítico, ainda que sucinto, demonstrativo da identidade dos casos. Não basta mera afirmação genérica de identidade das pretensões, com transcrição de parte da

Na verdade, a base de referência que deve direcionar o julgador para proferir a sentença liminar de improcedência deveria ser a jurisprudência dos tribunais superiores. Cuida-se de mera interpretação sistemática do ordenamento processual, como se vê nos artigos 475, parágrafo 3º, 518, parágrafo 1º, e 557, todos do CPC. Assim, tornar-se-ia necessário, na hipótese, para eficácia do instituto, que a tese repetida já tenha sido repelida pelos tribunais superiores²⁶, o que leva à extensão dos poderes do relator, de certa forma, ao juiz de primeiro grau²⁷, sendo prescindível a existência de precedentes elaborados “no juízo”.

Nesse ponto, cabe ressaltar que o juiz não está obrigado a decidir conforme o art. 285-A do CPC, apesar de que o mecanismo tem manifesta utilidade para garantir a tempestividade da prestação jurisdicional em causas repetitivas.

Proferida a sentença liminar, poderá o autor apelar da decisão. A apelação, interposta diretamente ao juízo que proferiu a decisão, autoriza um juízo de retratação pelo próprio magistrado, no prazo de cinco dias, que, se realizado, permitirá o prosseguimento do feito em primeira instância, com a expedição do mandado de citação para que o réu responda à demanda (art. 285-A, parágrafo 1º do CPC). Se mantida a sentença liminar, o juiz deverá determinar a citação do réu para apresentar contra-razões ao recurso (art. 285-A, parágrafo 2º do CPC), sendo os autos, então, remetidos à segunda instância²⁸. Lá, o tribunal, dando provimento ao pleito recursal, se não houver a interposição de outro e subsequente recurso desta última decisão²⁹, determinará o regular prosseguimento do feito, quando o réu será intimado pelo juiz monocrático para prosseguir na defesa da causa³⁰.

Insurgem inúmeras questões processuais a serem tratadas com o devido cuidado, sob pena de comprometimento ao sistema como um todo. Uma delas é sobre a necessidade de intimação do réu, quando o autor não recorre da decisão que aplicou o art. 285-A do CPC, mormente porque a sentença está apta a produzir os efeitos da coisa julgada material. Nesse caso, torna-se importante que o demandado tenha ciência deste trâmite processual, para que possa opor o quanto havido em um eventual novo processo inaugurado pelo autor. Faz-se um paralelo com o mandamento previsto

outra sentença, sem mencionar, mediante cópia ou transcrição, os dados fático-jurídicos essenciais das sentenças anteriores reveladores da identidade dos pedidos. De ofício, desconstituíram a sentença. Unânime”. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível 70016924219. Relator: Des. Odone Sanguiné. Julgamento: 28/12/2006.

²⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. *Op. cit.*, p. 59.

²⁷ Tal noção ainda serve para facilitar uma solução sobre a controvertida aplicação do art. 285-A do CPC conjuntamente com o art. 515, parágrafo 3º do CPC, ou mesmo com o art. 518, parágrafo 1º do CPC.

²⁸ Registre-se que o processamento para que o juiz volte atrás, modificando a sentença que aplicou o art. 285-A do CPC, é semelhante ao previsto no indeferimento liminar da petição inicial, porém, nesse último, o prazo para a retratação do magistrado é inferior, em 48 horas. Ademais, a subida do recurso ao tribunal não cogita de citação do réu (art. 296 e parágrafo único do CPC).

²⁹ Por exemplo, se a sentença de mérito for reformada no julgamento do recurso de apelação, por acórdão não unânime, será admitida a interposição de embargos infringentes (art. 530 do CPC), diante da divergência de entendimentos na aplicação de precedente jurisdicional.

³⁰ “Apelação Cível. Expurgos inflacionários. Plano Verão. Julgamento de improcedência *prima facie* pelo art. 285-A do CPC, em razão da ausência de prova da titularidade da conta. Existe cópia de extrato às fls. 13, um pouco apagada, mas permitindo a verificação de que se trata da conta poupança pleiteada na inicial, no nome do autor e do ano de 1989. Provimento do recurso, nos termos do art. 557, § 1º-A do CPC, para o prosseguimento do feito”. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível 2009.001.54182. Relator: Des. Helena Cândida Lisboa Gaede. Julgamento: 11/09/2009.

no art. 219, parágrafo 6º do CPC, evitando que uma segunda demanda viole a segurança obtida pela coisa julgada.

Outra questão se refere à possibilidade do magistrado deixar de receber o recurso, se a decisão recorrida estiver escorada em súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal (art. 518, parágrafo 1º do CPC). Levando em consideração a forma verbal, em caráter de ordem para citação do réu, prevista no art. 285-A, parágrafo 2º do CPC, aduz-se que o recebimento do recurso seria igualmente imperativo³¹. Comenta-se que, nesse caso, sendo aplicada a súmula impeditiva de recursos, haveria uma irracional violação da garantia do acesso à justiça³².

Ao assunto, no entanto, cabe tecer diversos comentários. Preenchidos os requisitos do art. 518, parágrafo único do CPC, estando o julgado em conformidade com súmula de tribunal superior, não haveria porque negar a sua aplicação, mesmo se a sentença foi lastreada pelo art. 285-A do CPC. Do contrário, estaria afastado o próprio desiderato da primeira norma, que é valorizar precedentes jurisdicionais de tribunais superiores, que têm a nobre função de pacificar a aplicação da lei infraconstitucional, além da própria Constituição. Diga-se, por fim, que a porta do Judiciário ainda estará indubitavelmente aberta ao autor para interpor o recurso de agravo de instrumento (art. 522 do CPC) contra a decisão que aplicou a súmula impeditiva de recursos³³.

Outro aspecto a ser considerado é sobre a possibilidade de aplicação da teoria da causa madura (art. 515, parágrafo 3º do CPC)³⁴. Importa, desde logo, perceber que o julgamento de mérito é subjacente ao art. 285-A do CPC, o que já poderia servir para incompatibilizar a aplicação da mencionada teoria, sabidamente restrita às hipóteses de extinção do feito sem análise do mérito (art. 267 do CPC)³⁵.

³¹ “Agravo de Instrumento. Julgamento de mérito, com base no art. 285-A do CPC, seguido do não-recebimento de apelação, com fundamento no § 1º do art. 518 do CPC. Inadmissibilidade deste procedimento. Recurso provido para receber a apelação, determinando-se a citação do demandado para responder, caso a sentença seja mantida, nos termos do § 1º do art. 285-A do CPC”. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento 70019021047. Relator: Des. Carlos Alberto Etcheverry. Julgamento: 29/03/2007.

³² CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*, vol. 1, 16ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 342.

³³ CIMARDI, Cláudia A. *Notas sobre o art. 285-A do CPC (sentença liminar de improcedência)*. In: Os Poderes do Juiz e o Controle das Decisões Judiciais. Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2008, p. 420. Fica observado que se o recurso de apelação ficar barrado pelo art. 518, parágrafo 1º do CPC, tendo o autor agravado da decisão, aí sim será o réu citado, no caso para apresentar resposta não mais à apelação, mas ao agravo de instrumento.

³⁴ O referido dispositivo abarca o estudo do efeito devolutivo da apelação contra sentença terminativa, em claro prestígio aos princípios da celeridade, efetividade e economia processual, para permitir que o tribunal, ao dar provimento ao apelo, adentre no exame do mérito, desde que a causa verse sobre matéria exclusivamente de direito, já estando nos autos todos os elementos de prova suficientes ao exame do pedido formulado pelo autor em sua petição inicial. Com efeito, se a causa estiver em condição de imediato julgamento, nessas condições, será afastada a garantia do duplo grau de jurisdição.

³⁵ Apesar de que não seria novidade admitir que a teoria da causa madura fosse aplicada para afastar sentença definitiva: “(...) Conforme jurisprudência assente nesta Corte, reformando o tribunal a sentença que acolhera a preliminar de prescrição, estando suficientemente debatida e instruída a causa, é permitido ao órgão *ad quem* adentrar no mérito da controvérsia, julgando as demais questões, sem que tal iniciativa importe em supressão de instância (CPC, art. 515, parágrafo 3º) (...)”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 1.072.232/SC. Relator: Min. Sidnei Beneti. Julgamento: 24/03/2009.

No entanto, sob pena de incoerência do sistema processual, deve-se admitir ao tribunal, no julgamento de apelação interposta pela parte autora contra sentença liminar de improcedência, aplicar analogicamente a teoria da causa madura.

Vale exemplificar: imagine-se uma situação em que o juiz tenha julgado improcedente uma demanda liminarmente, aplicando um precedente seu, portanto, do próprio juízo de primeiro grau, mas contrário à jurisprudência do tribunal a que está vinculado, quiçá de tribunais superiores. O autor, de forma diligente, irá recorrer da decisão que aplicou o art. 285-A do CPC. Nessa hipótese, versando a causa sobre questão exclusiva de direito, já madura para julgamento, poderá o tribunal reformar a sentença liminar de improcedência, em favor do autor.

Seguindo esse raciocínio, restará imposto ao réu, em sua resposta ao comando citatório (art. 285-A, parágrafo 2º do CPC), incluir o próprio mérito da demanda como conteúdo de sua defesa, não se limitando, tão-somente, a prestigiar a presença dos requisitos que ensejaram à aplicabilidade do art. 285-A do CPC³⁶. Do contrário, restringindo-se a defesa à manutenção da sentença liminar, se verificados os pressupostos autorizadores da aplicação do art. 515, parágrafo 3º do CPC, o réu estaria sujeito à revelia³⁷. A construção interpretativa busca, mais uma vez, de forma clara, aperfeiçoar a racionalidade e economia processual, reverenciando os precedentes dos órgãos colegiados.

2.3 – Constitucionalidade.

Cumprido sublinhar que o dispositivo analisado teve sua constitucionalidade questionada pelo Conselho Federal da OAB, através do ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade (ADI nº 3.695/DF), cuja distribuição se deu em 29 de março de 2006. Foram apontadas violações à isonomia constitucional, à segurança jurídica, ao direito de ação, ao contraditório e ao devido processo legal. Em julho do mesmo ano, o Ministério Público Federal apresentou parecer pela improcedência do pedido. Até outubro de 2009 ainda não havia sido proferida a decisão final.

A aplicação do dispositivo, no entanto, não demonstra padecer de inconstitucionalidade³⁸.

A isonomia constitucional é mantida sem máculas, já que os eventuais entendimentos díspares dos órgãos de primeira instância terão solução, com lógica de uniformidade, quando levada à questão à segunda instância.

A segurança jurídica não fica obstaculizada pela aplicação de decisão jurisdicional proferida em diverso caso concreto, pois o magistrado deverá demonstrar de forma fundamentada o

³⁶ FUX, Luiz. *Op. cit.*, p. 27. O doutrinador, nesse mesmo sentido, reflete que o réu, ao arrazoar o recurso, sustentará a decisão de mérito do juiz, que se categoriza como unicamente de direito.

³⁷ A assertiva deve ser vista com a cautela devida, em consonância a garantia constitucional da ampla defesa. Defende-se que no mandado citatório conste tal advertência, em similitude ao disposto no art. 285 do CPC.

³⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. *Op. cit.*, p. 62. A abordagem do autor é pela constitucionalidade do dispositivo, que reside em sua (necessária) interpretação no contexto do “modelo constitucional de processo”.

preenchimento dos requisitos legais, mormente a relação de identidade com o precedente jurisdicional, para julgar a demanda improcedente *in limine liti*. Aliás, de tal decisão não se nega a interposição de recurso.

De outro modo, o direito constitucional de ação permanece íntegro, pois o acesso ao Poder Judiciário não resta negado, tendo o autor sua pretensão devidamente analisada, inclusive, como dito, através da esfera recursal.

Outrossim, o dispositivo não subverte a aplicação do princípio do contraditório, uma vez que o réu não sofre qualquer prejuízo com a aplicação do art. 285-A do CPC, restrito às hipóteses de sentença de total improcedência do pleito autoral. Ademais, havendo recurso do autor, caberá ao magistrado oportunizar a apresentação de defesa ao réu-recorrido.

Finalizando, no que diz respeito ao princípio do devido processo legal, norma-mãe de todos os direitos e garantias que conduzem o processo, afirme-se que o art.285-A do CPC foi elaborado para dar refúgio à celeridade da prestação jurisdicional, sem maior prejuízo aos demais princípios constitucionais, que não são absolutos. O ordenamento jurídico exige a conformação entre acepções conflitantes. Em apreço, o princípio da razoável duração do processo.

2.4 – Considerações finais.

A modernização do processo possui um caráter prospectivo, na tentativa de remodelar as regras existentes, com o claro sentido de tornar o terreno mais fértil e produtivo.

A aspiração em se trazer racionalidade à prestação jurisdicional deve ser incessante. Sem hesitação, o art. 285-A do CPC segue a tendência de valorização de precedentes jurisdicionais, sobretudo para atenuar o atraso na prestação jurisdicional diante da sobrecarga exigida por questões repetitivas, envolvendo um grande número de pessoas.

É certo, de outro modo, que o instituto em voga perderia muito de sua valia se os mecanismos de tutela coletiva fossem utilizados com maior amplitude³⁹, frequência e eficácia.

Os riscos de desacerto aparentam-se minimizados diante da celeridade e efetividade que se almeja obter, sopesando-se os princípios constitucionais, o que pode ser verificado por todo o ordenamento jurídico⁴⁰. E isso reflete no aumento do grau de confiabilidade da população no Estado de Direito. Não é ganho desprezível, pelo contrário.

³⁹ Refere-se à irrazoável proibição de que a ação civil pública veicule matéria tributária, dentre outras (art. 1º, parágrafo único da lei 7.347/85).

⁴⁰ Faz-se um parâmetro com a aplicação do art. 739, inciso III do CPC, com redação determinada pela lei 11.382/06, que admite a rejeição liminar dos embargos, quando manifestamente protelatórios. Para tanto, o magistrado deverá adentrar na análise dos argumentos tecidos pelo embargante, que, diante da manifesta fragilidade, levam à improcedência *prima facie* do pleito.

O TRIBUNAL DO JÚRI COMO GARANTIA FUNDAMENTAL, E NÃO COMO MERA REGRA DE COMPETÊNCIA: UMA PROPOSTA DE REINTERPRETAÇÃO DO ART. 5º, XXXVIII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA

IORIO SIQUEIRA D’ALESSANDRI FORTI

Mestrando em Direito Processual na Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Juiz Federal na Seção Judiciária do Rio de Janeiro.

INTRODUÇÃO

Este artigo¹ não trata da origem do Tribunal do Júri, nem se refere ao tratamento recebido pelo instituto em outros países. Nosso foco está no inciso XXXVIII do artigo 5º da Constituição da República de 1988, que, assim com as constituições de 1891, de 1946 e 1967, incluiu o Júri não no capítulo referente à organização do Poder Judiciário, mas no capítulo dos Direitos e Garantias Fundamentais.

Sabido que é e sempre será polêmica a instituição do Júri – amada por uns, odiada por outros –, inquieta-nos o silêncio da doutrina a respeito da opção feita pelo Poder Constituinte de atribuir-lhe caráter de garantia fundamental. A maioria das obras de Direito Constitucional não dedica maior atenção à inclusão do Tribunal Popular no rol do artigo 5º da Constituição,² enquanto as de Direito Processual Penal tendem a se limitar à análise do procedimento. A jurisprudência também parece negar a fundamentalidade atribuída ao Júri, ao não extrair dela efeito prático algum.³

Creemos que o *status* conferido pela Constituição ao Tribunal do Júri impõe a imediata releitura da legislação infraconstitucional, para que uma garantia não se transforme numa imposição, numa mera regra de competência, e para que se prestigie o direito do réu de, conforme a conveniência de sua defesa, optar entre ser julgado por seus pares e ser julgado por um juiz togado.⁴

¹ Registramos o agradecimento ao colega Guilherme Jales Sokal, Mestrando em Direito Processual na Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, pela leitura atenta e sugestões apresentadas, todas devidamente acatadas e acrescentadas ao texto final. Outras críticas e sugestões podem ser enviadas ao autor pelo e-mail ioriodalessandri@yahoo.com (sem br).

² A corroborar nossa impressão, convém transcrever comentário de ARAMIS NASSIF (*Júri – Instrumento da Soberania Popular*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, pp. 38-39): “Merece registro especial o tratamento dispensado, analiticamente, por Ministros do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, de juristas renomados, ao Poder Judiciário no livro ‘Judiciário e a Constituição’, ed. Saraiva, em 1994. Examinando, em longos e eruditos textos a situação do Poder Judiciário no Brasil, seus autores, em nenhum momento, em nenhuma linha, em nenhuma palavra, referiram-se ao Tribunal do Júri. São impressionantes os números estatísticos, as considerações e análises feitas ao sistema judiciário sem que se destine a menor referência à instituição popular.”

³ Essa negação vai desde a admissão de recurso de apelação fundado na manifesta contrariedade da decisão à prova dos autos (art. 593, III, ‘d’, do Código de Processo Penal) – atropelando a soberania dos veredictos, mesmo em se tratando de decisão absolutória – até a superação da competência do Júri para fazer prevalecer, mesmo contra a vontade do réu, foro por prerrogativa de função.

⁴ Críamos que essa idéia que nos motivou a dar início à redação do presente artigo – o Tribunal do Júri como opção, e não como imposição – era original, de nossa autoria; com o aprofundamento da pesquisa bibliográfica, verificamos que ROBERTO KANT DE LIMA já havia diagnosticado o problema da falta de opção, e DIAULAS COSTA RIBEIRO já

1 BREVISSIMO PANORAMA SOBRE O TRIBUNAL DO JÚRI NO DIREITO POSITIVO BRASILEIRO⁵

O Júri foi criado no Brasil pela Lei de 18 de junho de 1822, com a competência restrita aos delitos de imprensa,⁶ cabendo recurso das suas decisões para o Príncipe Regente.

A Constituição de 1824 elevou o Tribunal do Júri à categoria de ramo do Poder Judiciário.⁷

A Lei nº 261, de 1841, restringiu a ampla competência que tinha sido atribuída ao Júri pelo então vigente Código de Processo Criminal. A Lei nº 2.033, de 1871, regulamentada pelo Decreto nº 4.824 do mesmo ano, redefiniu as competências, dando ao Júri a feição definitiva com que o encontrou a República.⁸ O Decreto nº 848, de 1890, criou, ainda, o júri federal.⁹

A Constituição de 1891 não tratou do Júri nos artigos 55 a 62, que regulavam o Poder Judiciário. Entretanto, por influência de Rui Barbosa, na Seção que veiculava a “declaração de direitos”, mais especificamente no artigo 72, onde se enunciava que “A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes”, fez constar do parágrafo 31 a regra segundo a qual “É mantida a instituição do júri”.

A Constituição de 1934 limitou-se a dizer, no artigo 72, que “É mantida a instituição do júri, com a organização e as atribuições que lhe der a lei”; apesar de manter a regra da Constituição anterior, deslocou-a do capítulo sobre direitos e garantias para o capítulo sobre o Poder Judiciário.

A Constituição outorgada de 1937 não tinha nenhuma regra que tratasse do Tribunal do Júri. As dúvidas a respeito da sobrevivência do instituto cessaram com a edição, em 1938, do Decreto-Lei nº 167, que manteve o júri, retirando-lhe a soberania das decisões, com base no artigo 183 da

havia proposto solução adequada em artigo publicado em 1998. Isso não obstante, a tese continua desconhecida da grande maioria dos juristas, e, pior, não tem sido objeto de apreciação por parte dos Tribunais.

⁵ Para uma visão um pouco mais aprofundada, sugerimos a leitura do artigo de LISE ANNE DE BORBA, *Aspectos relevantes do histórico do Tribunal do Júri*, In Jus Navigandi, <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2695>>.

⁶ A respeito da competência do Júri quanto aos crime de Impensa, transcrevemos, por elucidativa, nota de JOSÉ FREDERICO MARQUES: “Surgido, entre nós, com o Decreto de 18.6.1822, o júri de imprensa foi por igual previsto na Carta de Lei de 2.10.1823, com o título ‘Conselho de Juízes de Fato’, para os quais deviam ser eleitos 60 homens bons. Manteve-se a instituição com a Carta de Lei de 20.9.1830, designando-se o tribunal de ‘Conselho de Jurados’ e ‘Júri de Acusação’. O Decreto 24.776/34 atribuiu competência para julgamento dos delitos de imprensa a um ‘Tribunal Especial’, integrado por juiz de direito, seu presidente, e, por ‘quatro cidadãos’, sorteados dentre os alistados como jurados’. A Lei 2.083/53 conservou o júri de imprensa, que a Lei 5.250/67 veio a suprimir.” (*Júri de Economia Popular*. In Estudos de Direito Processual Penal. 2ª ed. Campinas: Millennium, 2001, p. 260).

⁷ O artigo 151 dizia que “O Poder Judicial é independente, e será composto de juízes e jurados, os quais terão lugar, assim no cível como no crime, nos casos e pelo modo que os Códigos determinarem”, e o artigo 152, que “Os jurados se pronunciam sobre o fato, e os juízes aplicam a lei”. A grafia das palavras (se com maiúsculas ou minúsculas, com letras dobradas ou não) varia conforme o texto consultado.

⁸ NASSIF, Aramis. *Júri – Instrumento da Soberania Popular*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 27.

⁹ NUCCI, Guilherme de Souza Nucci. *Tribunal do Júri*. São Paulo: RT, 2008, p. 43.

Constituição, segundo o qual “Continuam em vigor, enquanto não revogadas, as leis que, explícita ou implicitamente, não contrariem as disposições desta Constituição”.

A Constituição de 1946 tratou de proclamar, entre os “Direitos e Garantias Individuais” do artigo 141, que “era mantida a instituição do Júri, com a organização que lhe der a lei, contanto que seja sempre ímpar o número dos seus membros e garantido o sigilo das votações, a plenitude da defesa do réu e a soberania dos veredictos. Será obrigatoriamente da sua competência o julgamento dos crimes dolosos contra a vida”.¹⁰

Ao lado do Júri comum, regulado pelo Código de Processo Penal e pela Lei nº 263 de 1948, a Lei nº 1.521, de 1951, previu a existência de Júri especial (com composição e atribuições distintas) para julgamento de crimes contra a economia popular.¹¹ A Lei nº 2.083, de 1953 previu o Júri de Imprensa, composto de Juiz de Direito, com direito a voto, e de quatro cidadãos sorteados dentre vinte e um jurados da Comarca;¹² a Lei de Imprensa posterior, de número 5.250, de 1967, não reiterou a previsão desse órgão de julgamento, que, portanto, deixou de existir.

A Constituição de 1967, ainda no capítulo dos direitos e garantias individuais (artigo 150), enunciou que “São mantidas a instituição e a soberania do júri, que terá competência no julgamento dos crimes dolosos contra a vida” – isto é, sem reiterar a menção ao sigilo das votações e à plenitude de defesa. A Emenda Constitucional nº 1, de 1969, também manteve a instituição dentre os direitos e garantias individuais (artigo 153), suprimindo a menção à soberania: “É mantida a instituição do júri, que terá competência no julgamento dos crimes dolosos contra a vida”. Com a nova redação, a competência ficou restrita aos crimes dolosos contra a vida, restando não recepcionado o Júri especial para crimes contra a economia popular.

Por fim, a Constituição da República de 1988, fez com que houvesse previsão, no rol dos Direitos e Garantias Fundamentais, no inciso XXXVIII do artigo 5º, disse que “é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: a) a plenitude de defesa; b) o sigilo das votações; c) a soberania dos veredictos; d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida”.

¹⁰ GUILHERME NUCCI (*Tribunal do Júri*. São Paulo: RT, 2008, pp. 43-44) refere, a propósito, a opinião de VICTOR NUNES LEAL, para quem a reinserção do Tribunal Popular no capítulo dos direitos e garantias individuais não decorria propriamente da luta contra o autoritarismo, mas do poder de pressão do coronelismo, interessando em garantir a subsistência de um órgão judiciário que pudesse absolver seus capangas (*Coronelismo, enxada e voto*, pp. 231-236).

¹¹ O parágrafo 28 do artigo 141 da Constituição de 1946 dizia que os crimes dolosos contra a vida seriam da competência do Tribunal do Júri, mas não impediu que a lei ampliasse essa competência para abranger outros crimes. Em sendo esse o fundamento constitucional para o julgamento, pelo júri, dos crimes contra a economia popular, o artigo 30 da Lei nº 1.521/51, ao prever a existência do recurso de apelação, deveria receber interpretação conforme a Constituição, para que não fosse possível a reforma da decisão – condenatória ou absolutória – pelo seu mérito, conforme lição de JOSÉ FREDERICO MARQUES (*Júri de Economia Popular*. In Estudos de Direito Processual Penal. 2ª ed. Campinas: Millennium, 2001).

¹² JOSÉ FREDERICO MARQUES esclarece que, no processo penal pátrio, à luz da Constituição de 1946, não poderia haver júri sem a soberania dos veredictos: se esta era excepcionada para o Tribunal de Imprensa, é porque “neste, não havia júri, e sim o escabinado, e sua matriz constitucional não se situava no § 28, do art. 141, e sim no § 5º do mesmo artigo da Lei Maior” (*Júri de Economia Popular*. In Estudos de Direito Processual Penal. 2ª ed. Campinas: Millennium, 2001, p. 260). Noutro artigo, conclui expressamente que “No Júri de imprensa, a instância superior podia funcionar como *judicium rescisorium* e reformar a sentença de primeiro grau” (*Lei de Imprensa*. In Direito Processual Penal. 2ª ed. Campinas: Millennium, 2001, p. 263).

2 (IN)CONVENIÊNCIA DA MANUTENÇÃO DO TRIBUNAL DO JÚRI NO BRASIL

Para ARAMIS NASSIF, as freqüentes oscilações na localização do Júri nas diversas Constituições do Brasil teriam contribuído para perpetuar a indagação sobre a natureza da instituição, se órgão do Poder Judiciário ou se direito e garantia individual¹³. Pensamos que não constituem fundamentos suficientes para sustentar que o Júri não integra o Poder Judiciário a circunstância de vir referido no rol de direitos e garantias individuais, de não constar do rol do artigo 92,¹⁴ e de suas decisões não serem fundamentadas.¹⁵

A questão reside em saber se, mesmo integrando o Poder Judiciário, o Tribunal do Júri oferece ao jurisdicionado – principalmente ao réu – todos os benefícios que teria perante o Juiz togado, e saber se oferece algum benefício a mais, a ponto de poder ser classificado como garantia fundamental pelo artigo 5º da Constituição.

NELSON HUNGRIA, citado por JOSÉ FREDERICO MARQUES, diz que cessaram as condições pelas quais o Júri deveria ser incluído entre as garantias constitucionais: “Os juízes togados passaram a vir do seio do próprio povo, de que emana, conceitualmente, a sua autoridade. Tornaram-se cidadãos do povo e, pelo menos nos governos democráticos, é em nome dele que distribuem justiça”.^{16 17} Nossa inclinação, francamente, também é no sentido da resposta negativa à

¹³ NASSIF, Aramis. *Júri – Instrumento da Soberania Popular*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 35.

¹⁴ Basta ver que também não constam do artigo 92 os Juizados Especiais Estaduais e Federais, referidos no artigo 98, I e § 1º, e nem por isso alguém duvida que sejam órgãos do Poder Judiciário.

¹⁵ É verdade que o inciso IX do artigo 93 torna imperativo que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade...”, mas, no caso do Júri, a exceção decorreria da incompatibilidade do sigilo das votações (assegurado pela letra ‘b’ do inciso XXXVIII do artigo 5º) com a fundamentação – mantida a exigência desta para a quantificação da pena pelo Juiz Presidente.

¹⁶ MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*, vol. I. 1ª ed, 2ª tiragem. Campinas: Bookseller, 1998, p. 213.

¹⁷ Não muito diferente é a posição de DIAULAS COSTA RIBEIRO (*Júri: um direito ou uma imposição?* Disponível em <http://www.diaulas.com.br/artigos.asp?id=213&p_ch=>):

“Na Magna Carta, de 1215, o julgamento por um júri foi pensado como um direito fundamental: ‘Nenhum homem livre será detido e/ou preso; esbulhado da sua propriedade; exilado ou destruído de qualquer outra maneira...salvo por um julgamento legal por seus pares conforme a lei local’. Entretanto, historiadores modernos acreditam que esta disposição refere-se à necessidade da decisão de um juiz e não de um júri. Isso porque o papel original dos jurados era muito diferente do que hoje se conhece. Como testemunhas que depunham sob juramento, mas não tomavam qualquer tipo de decisão, os jurados eram oriundos da mesma comunidade do acusado e tinham a função de determinar os fatos sob julgamento, usando para tanto os conhecimentos de que dispunham sobre ele e as circunstâncias locais. Por isso, não se pode deduzir da Magna Carta que a expressão ‘julgamento por seus pares’ seja uma referência aos jurados enquanto juízes, se nessa época os jurados não julgavam.

Atualmente, os membros do júri (na Inglaterra são 12) são convocados para proferir um veredicto imparcial, sem ter prévio conhecimento do acusado, numa relação de anonimato que é conseqüência do desaparecimento das sociedades medievais fechadas e do crescimento das cidades. Assim, faltando amparo histórico, a idéia de julgamento por pares é irreal, além de saudosista, na medida em que repete uma tradição milenar. Nada obstante, ressalte-se que ela sustenta a existência de júri no Brasil.”

questão, e para isso valemo-nos dos argumentos bem sistematizados por MARCELO COLOMBELLI MEZZOMO,¹⁸ adiante expostos.

(i) O Poder Judiciário estruturado no Estado Democrático de Direito conta com uma Magistratura independente, autônoma e isenta, protegida por uma série de garantias e que atua de forma pública, sujeita à fiscalização ampla da sociedade. Não se justifica mais – se é que noutra momento histórico deste país se justificou – o julgamento por jurados, como se a sociedade precisasse subtrair do Juiz togado o poder de decidir em alguns casos específicos.

(ii) O conjunto de garantias processuais tende a assegurar a imparcialidade do Juiz togado; o fato de exercer profissionalmente a atividade de julgar faz com que possa avaliar melhor não só os autos e o caso trazido a julgamento, mas também faz com que tenha mais consciência da importância da própria função de julgar. No que diz respeito a jurado leigo, a garantia de imparcialidade se torna mais tênue, sujeitando seu julgamento à pressão que pode decorrer do prestígio e do poder das famílias dos acusados, ou dos meios de intimidação de que dispõem grupos criminosos. Além disso, o leigo “repentinamente se vê lançado em uma função nova e desconhecida, em um universo estranho cuja linguagem desconhece, o que o leva a julgar pelo que já conhecia ‘extra-oficialmente’ do caso, ou baseado em provas sobre as quais lança um juízo apressado e por vezes desatento, tolhido que esta pelo cansaço de horas a fio. Isto quando não julga impulsionado por interesses próprios.”

(iii) O jurado atua como juiz, sem dispor de conhecimentos especializados para tanto. É errado dizer que o jurado só se pronunciará sobre fatos, e que o julgamento pelo “homem médio” é a razão de ser do Juiz: primeiro, porque haverá necessidade de exercício constante de apreciação intelectual das provas, valorando-as; segundo, a quesitação inevitavelmente envolverá conceitos jurídicos – violenta emoção, provocação injusta, torpeza, motivo fútil, traição – que podem até vir a ser compreendidos pelo jurado, mas dos quais ele é pouco íntimo, e que fatalmente não poderão ser objeto de “apreciação acurada e serena dentro de cada caso, tarefa essa incompatível com o turbilhão da plenária”.

(iv) Durante o julgamento, o jurado toma contato pela primeira vez com uma atividade a que não está acostumado, restando perplexo diante da complexidade das questões que se lhe apresentam, e, nesse contexto, “os argumentos valem menos pela sua solidez e conclusividade do que pela forma teatral com que são expostos”, de modo que a capacidade cênica dos “atores” lhes conferem mais probabilidade de êxito quanto ao convencimento dos julgadores leigos que propriamente a solidez de seus argumentos. Isso faz com que os “atores” mais experientes tenham mais probabilidade de êxito, e é inegável que, principalmente em cidades do interior ou no julgamento de réus que não têm condições de contratar advogados experientes, a habilidade dos Promotores majora o risco de condenações sem provas suficientes. Diante de um Juiz técnico, por outro lado, Promotor e Advogado agem de forma técnica, argumentativa, e não teatralizada, o que faz com que o foco do julgamento esteja no “racional”, e não no “emocional”.

¹⁸ MEZZOMO, Marcelo Colombelli. *Tribunal do Júri: vamos acabar com essa idéia!* Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 62, fev. 2003. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3690>>. Acesso em: 9 out. 2009.

(v) Por fim, o contraditório e a ampla defesa desaguam na imposição constitucional de fundamentação das decisões judiciais, já que são os fundamentos expostos que permitem avaliar se a sentença reflete o conteúdo do processo: “De nada adianta garantirmos a participação ativa e profícua do réu e uma defesa técnica altamente competente cujo resultado, baseado em um substrato probatório sólido e conclusivo, indique uma absolvição, se os jurados não estão obrigados a permanecerem adstritos aos autos e à lógica ou, dir-se-ia, à justiça”. Os jurados, dispensados que estão, pelo sigilo das votações, de fundamentar, julgam com base na íntima convicção não motivada, e, “ao prescindir da necessária correlação entre a atividade processual das partes e o resultado do julgamento, cujos reais motivos se desconhecem, faz cair por terra qualquer possibilidade de fiscalização da sociedade acerca dos ‘porquês’ e, portanto, do acerto ou desacerto do julgado.”^{19 20}

No mesmo sentido, para WALTER COELHO, o Tribunal do Júri continuará julgando mais pelo instinto do que pela lógica ou pela razão, pouco ligando para o que diga o Código repressivo ou a moderna dogmática penal. Escudado na soberania de seus veredictos e no juízo íntimo de convicção, suscetível de influências momentâneas as mais diversas, prosseguirá claudicando em sua missão, ora absolvendo os culpados e, o que é grave, também condenando os inocentes.²¹ Sobre a situação dos jurados, também é digna de nota sua especial vulnerabilidade às pressões e influências de toda a mídia, da sociedade e de criminosos de alta periculosidade:

O Júri popular foi criado para julgar os crimes de emoção, sentimentais, de paixão e não bandidos de alta periculosidade. O Tribunal do Júri sempre serviu para um tipo de criminalidade em cidade pequena, onde a comunidade conhece as circunstâncias do fato, o próprio acusado. Nas grandes cidades, nas metrópoles, o Tribunal do Júri acaba julgando integrantes do crime organizado, do homicídio encomendado, o que é uma tragédia, pois o jurado, evidentemente, diante de uma situação dessa, fica temeroso de participar do julgamento, pois está colocando em risco a sua vida e

¹⁹ A respeito da motivação das decisões, impõe-se transcrever trecho do inigualável artigo de LEONARDO GRECO, “As Garantias Fundamentais do Processo: o Processo Justo”, disponível em <<http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/viewFile/1/2>>, pp. 32-33:

“A motivação atende a dupla exigência. De um lado, as partes e o público têm o direito de conhecer as razões que sustentam a decisão e de verificar se essa fundamentação é logicamente consistente e se é capaz de convencê-los de que o juiz empenhou-se para que a decisão fosse a mais acertada e a mais justa possível. De outro lado, o juiz tem o dever de demonstrar que examinou todos os argumentos relevantes de fato e de direito apresentados pelas partes, porque somente assim terão estas a certeza de que o contraditório participativo foi respeitado, ou seja, de que o juiz efetivamente considerou toda a atividade desenvolvida pelas partes para influir na sua decisão. (...)

(...) a doutrina e a jurisprudência humanitárias ainda não deram justificação satisfatória, à luz dos valores protegidos pela garantia da fundamentação, à sua ausência nas decisões dos tribunais do Júri. A própria Corte Européia admite que nesse caso a garantia estaria satisfeita pelo modo como o júri funciona (the way of that jury trials operate) (cf. Mario Chiavario, “Diritto ad un processo equo”, in Sergio Bartole, Benedetto Conforti e Guido Raimondi, Commentario allá Convenzione Europea per la Tutela dei Diritti dell’Uomo e delle Libertà Fondamentali, CEDAM, Padova, 2001, p. 198), o que explica muito pouco.”

²⁰ É bem verdade que há previsão, no artigo 593,III, do Código de Processo Penal, do cabimento de apelação quando a decisão dos jurados for manifestamente contrária à prova dos autos. O STF, como se verá no capítulo seguinte, admite a constitucionalidade dessa norma, para evitar que os jurados ajam arbitrariamente, e, para isso, diz que não se está a afrontar a soberania do júri, já que o provimento da apelação apenas implicará cassação da primeira decisão, para que novo júri volte a apreciar o caso. cremos, contudo, que, por mais bem intencionada que seja essa orientação, as conclusões esbarram no texto constitucional, que assegura a soberania dos veredictos, e não só a soberania do júri.

²¹ WALTER COELHO *apud* STRECK, Lenio Luiz Streck. *Tribunal do Júri: Símbolos e Rituais*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 53

de sua própria família. Isso faz com que ele não participe com a isenção necessária, ou se afaste do Tribunal, ou até, pior ainda, absolva o acusado.²²

Ferrenho crítico do Júri, JOSÉ FREDERICO MARQUES²³ afirma que “A manutenção do velho instituto, na realidade, não se justifica”, e explica que “As democracias populares admitem a participação do povo na administração da justiça, mas sob formas toda (sic) peculiariarres em que se não encontram tribunais do tipo do júri clássico”. A respeito da América Latina, conclui:

Dos países latino-americanos de maior relevo e importância, só o Brasil se mantém fiel ao júri. Chile e México, Argentina e Uruguai – para só citar alguns – nada querem com o júri, salvo o México, onde o júri obrigatório tão-só para os crimes de imprensa e os crimes políticos. Justificando a supressão do júri mexicano, ocorrido por volta de 1929, CARLOS FRANCO SODI termina suas considerações com muita verve, dizendo que o júri *era um espectáculo, pero no hacía justicia*.

Em oposição a todos os argumentos lançados, há outros que são freqüentemente invocados para defender o Júri como instituição. Diz-se que o Juiz togado, acostumado aos julgamentos diários, torna-se insensível com o passar do tempo, apegando-se ao formalismo legal, sem a preocupação de interpretar a lei de maneira humana, mas apenas jurídica, enquanto o Tribunal Popular, por “desconhecer a técnica”, prestigia a apreciação do caso pelo bom senso: o julgamento do réu por seus pares daria a estes melhores condições de apreciar a conduta do acusado com maior humanidade e em maior consonância com a realidade sócio-cultural dos envolvidos. Diz-se também que a técnica não é garantia de que o Juiz não possa errar em seus julgamentos, e o fato de a decisão do Júri resultar do convencimento de várias pessoas faria com que esteja menos sujeita a erros do que a tomada por um julgador singular.^{24 25} Por fim, em favor do sigilo das votações como apoio ao julgamento baseado na íntima convicção dos jurados, manifesta-se ATALIBA NOGUEIRA,²⁶ para quem a instituição do Júri é, ao mesmo tempo, não so uma garantia individual, como um direito do cidadão. Garantia individual, porque ninguém nega, ainda nos dias de hoje, e apesr das transformações das concepções democráticas, odireito de ser o acusado julgado pelos seus semelhantes, direito individual, porque todos reconhecem ao acusado o direito de ser julgado acima das normas inflexíveis e rígidas da lei, a que um juiz togado está obrigado, julgando, de acordo com

²² CADY, Melissa Campos; ARAÚJO FILHO, Jorge Pereira de et al. *Tribunal do júri: uma breve reflexão*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 203, 25 jan. 2004. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4720>>. Acesso em: 9 out. 2009.

²³ MARQUES, José Frederico. *O Júri*. In Estudos de Direito Processual Penal. 2ª ed. Campinas: Millennium, 2001, pp. 237-239.

²⁴ CADY, Melissa Campos; ARAÚJO FILHO, Jorge Pereira de et al. *Tribunal do júri: uma breve reflexão*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 203, 25 jan. 2004. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4720>>. Acesso em: 9 out. 2009.

²⁵ Vale registrar que, no sistema adotado no Brasil, os jurados não podem se comunicar entre si. Como não há troca de idéias e impressões entre eles, não endossamos a conclusão de que o julgamento resultando do somatório de convicções individuais esteja menos sujeito a erro que o julgamento por um juiz singular.

²⁶ A passagem em questão consta da obra de ARY AZEVEDO FRANCO (O Júri e a Constituição Federal de 1946, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956, p. 24), *apud* NASSIF, Aramis. *Júri – Instrumento da Soberania Popular*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 45.

as condições locais, as normas dos padrões morais da sociedade ou coletividade em que vive e onde cometeu o crime.

Em síntese: argumentos há, para todos os lados e para todos os gostos. A Constituição da República de 1988, contudo, deixou clara sua posição em favor do Tribunal Popular. Resta saber qual a consequência de ter-se o Júri dentre os direitos e garantias fundamentais.

3 A JURISPRUDÊNCIA DO STF A RESPEITO DO ART. 5º, XXXVIII, DA CONSTITUIÇÃO

As Constituições Brasileiras de 1891, 1946, 1967 (inclusive a Emenda Constitucional 1/69) e 1988 elencaram o Júri não dentre os órgãos do Poder Judiciário, mas no rol dos direitos e garantias individuais. Na Constituição de 1988, esses direitos e garantias são qualificados como “fundamentais”.

INGO WOLFGANG SARLET registra que, intrínseca à noção de direitos fundamentais está, justamente, a característica da fundamentalidade:²⁷

A fundamentalidade formal encontra-se ligada ao direito constitucional positivo e resulta dos seguintes aspectos, devidamente adaptados ao nosso direito constitucional pátrio: a) como parte integrante da Constituição escrita, os direitos fundamentais situam-se no ápice de todo o ordenamento jurídico; b) na qualidade de normas constitucionais, encontram-se submetidos aos limites formais (procedimento agravado) e materiais (cláusulas pétreas) da reforma constitucional (art. 60 da CF); c) por derradeiro, cuida-se de normas diretamente aplicáveis e que vinculam de forma imediata as entidades públicas e privadas (art. 5º, § 1º, da CF). A fundamentalidade material, por sua vez, decorre da circunstância de serem os direitos fundamentais elemento constitutivo da Constituição material, contendo decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade.²⁸

A jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal, no entanto, não extrai, a nosso ver, nenhuma consequência maior da fundamentalidade atribuída ao Júri em 1988, o que fica

²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, pp. 80-81.

²⁸ Tendo em vista a existência de opiniões doutrinárias no sentido de que o Tribunal do Júri é instituição retrógrada e menos garantista que a submissão do réu a julgamento por Juiz togado, convém transcrever o registro feito por INGO WOLFGANG SARLET (*A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, pp. 135-136) a respeito da possibilidade de existência de “direitos apenas formalmente fundamentais”: “Tendo em vista que a CF de 1988 aderiu a um conceito materialmente aberto de direitos fundamentais, há que se cogitar, ao menos em tese, da existência de dispositivos que, apesar de contidos no catálogo dos direitos fundamentais da Constituição, não são (por sua importância, natureza e substância) direitos fundamentais no sentido material, ressalvando-se a existência (já referida) de acirrada controvérsia a este respeito. Muito embora compartilhemos a opinião de que todos os direitos do catálogo constitucional são ao mesmo tempo formal e materialmente fundamentais, é preciso reconhecer que os adeptos da posição divergente, como é o caso de Vieira de Andrade e, entre nós, de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, encontrariam em nossa Constituição um terreno fértil para a identificação de preceitos em condições de serem enquadrados na categoria dos direitos apenas formalmente fundamentais, visto que, na verdade, poderiam constituir normas de cunho organizatório, ou mesmo regras que poderiam simplesmente constar da legislação infraconstitucional.”

patente em duas situações: a admissão de apelação contra decisão manifestamente contrária às provas existentes, e a prevalência do foro por prerrogativa de função, quando previsto na Constituição da República, mesmo nos crimes dolosos contra a vida.

É ver que o inciso III do artigo 593 do Código de Processo Penal de 1941 sempre previu o cabimento de recurso de apelação contra as decisões do Júri no caso de “injustiça da decisão dos jurados, por não encontrar apoio algum nas provas existentes nos autos ou produzidas em plenário”²⁹ ou de “for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos”.³⁰ Prevê o parágrafo 3º, introduzido pela Lei nº 263/48, que “Se a apelação se fundar no no III, d, deste artigo, e o tribunal ad quem se convencer de que a decisão dos jurados é manifestamente contrária à prova dos autos, dar-lhe-á provimento para sujeitar o réu a novo julgamento; não se admite, porém, pelo mesmo motivo, segunda apelação”. E, por mais que esteja essa norma em confronto com a soberania dos veredictos assegurada expressamente no texto das Constituições de 1946, 1967 e 1988, o Supremo Tribunal Federal nunca proclamou sua inconstitucionalidade.

É o que se vê, por exemplo, do acórdão da Primeira Turma proferido no Habeas Corpus 33005 no início da década de 50, em que – vencido o Ministro OROZIMBO NONATO, maior defensor da tese de que a soberania dos veredictos não comporta restrições ou recursos instituídos por lei – afirmou-se a constitucionalidade do art. 593, III, ‘d’ e seu parágrafo 3º,³¹ sob os argumentos de que nenhuma regra constitucional é absoluta, de que o Júri é soberano mas não infalível, de que, tanto quanto possível, o duplo grau de jurisdição deveria ser prestigiado, e de que a soberania era preservada já que, se anulado o julgamento, nova decisão seria tomada pelo Tribunal do Júri (ainda que por outro Conselho de Sentença):

SOBERANIA DO JÚRI. HARMONIA DO ART. 593 DO CÓDIGO DE PROCESSO, SOB A SUA FORMA ATUAL, COM O ART. 141 N. 28 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. A LEI TAXOU DE SOBERANO O JÚRI, MAS NÃO O REPUTOU INFALIVEL. O ARTIGO 593, DO CÓDIGO CONSAGRA O DIREITO RECONHECIDO COMO PRINCÍPIO BASILAR DO PROCESSO DE SE NÃO CONFORMAREM AS PARTES COM O PRIMEIRO JULGAMENTO. QUEM REVE A DECISÃO DO JÚRI, EM ÚLTIMA ANALISE, E O PRÓPRIO JÚRI, POSTO NÃO SEJA O MESMO CONSELHO.

(STF, 1ª Turma, HC 33005, Relator Min. MARIO GUIMARAES, Julgamento: 05/05/1954, vencido o Min. OROZIMBO NONATO)

Reapreciada a questão pelo Tribunal Pleno, proclamou-se a compatibilidade do artigo 593, III, ‘d’, com a Constituição de 1967, com apoio no argumento de que “Assegurando a soberania do júri, ou dos seus veredictos, o que dá no mesmo, não impede a Constituição vigente que a lei processual penal discipline o modo e as condições do exercício dessa soberania”:

²⁹ Redação original da alínea ‘b’.

³⁰ Redação atribuída pela Lei nº 263, de 1948, e que até hoje persiste, tendo transposto, com alteração de redação, a regra da alínea ‘b’ para a ‘d’.

³¹ Chegou-se a cogitar, incidentalmente, da inconstitucionalidade da redação original da regra, já que o parágrafo 3º - que determina que eventual provimento da apelação apenas “cassará” a decisão recorrida – só foi introduzido no artigo 593 pela Lei nº 263/48, e já que é essencial para a compatibilidade da norma com a Constituição a expressão “manifesta contrariedade”.

HABEAS CORPUS. JÚRI. SUA SOBERANIA. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 593, N. III, LETRA "D", E SEU PAR 3, NA REDAÇÃO QUE LHE DEU A LEI N. 263, DE 23 DE FEVEREIRO DE 1948, EM FACE DA CONSTITUIÇÃO DE 1967. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA.

(STF, Pleno, HC 44872/RS, Relator Min. AMARAL SANTOS, Julgamento: 13/12/1967)

Já sob a égide da Constituição de 1988, a atual composição do Supremo Tribunal Federal reitera a jurisprudência tradicional, no sentido de que, restrita a hipótese de cabimento à manifesta contrariedade da decisão com as provas,³² e de que, como o provimento da apelação não implica reforma do decidido pelo Júri, mas mera cassação da decisão para que outra seja proferida (também pelo Júri), resta preservado o valor da soberania dos veredictos.

EMENTA: Júri: apelação contra o veredicto: devolução restrita. Na apelação contra o mérito das decisões do Júri, não incumbe ao juízo de segundo grau um novo julgamento da causa - ofensivo da privativa e soberana competência constitucional do tribunal popular - mas apenas verificar se, como reclama a lei para a cassação, a decisão dos jurados é "manifestamente contrária à prova dos autos" ou se o veredicto nela encontra algum apoio, bastante a elidir a pecha de arbitrariedade e não se pode tachar de arbitrário ou desarrazoado o veredicto que acolhe a versão de fato de paciente, quando essa tem por si, em substância, a das duas únicas testemunhas presenciais do fato.

(STF, Pleno, HC 77996 / RJ, Relator Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Julgamento: 18/12/1998)

EMENTA: HABEAS CORPUS. CRIME DOLOSO CONTRA A VIDA. TRIBUNAL DO JÚRI. SOBERANIA DO VEREDITO. APELAÇÃO. DECISÃO CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. ORDEM DENEGADA.

1. A pretensão revisional das decisões do Tribunal do Júri não conflita com a regra de soberania do veredito (inciso LXVIII do art. 5º da Constituição Federal). Regra compatível com a garantia constitucional do processo que atende pelo nome de duplo grau de jurisdição. Garantia que tem a sua primeira manifestação no inciso LV do art. 5º da CF, in verbis: "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes". Precedentes.

2. No caso, o acolhimento da pretensão do impetrante implicaria o revolvimento e a valoração do conjunto fático-probatório.

³² De fato, o STF tem preservado o julgamento do Júri quando a contrariedade entre este e as provas não for manifesta: EMENTA: Júri: apelação contra o mérito do veredicto: limites.

1. O STF tem considerado traduzir questão de direito - solúvel, portanto, em habeas corpus ou recurso extraordinário - o saber se o Tribunal de segundo grau manteve-se ou não no círculo de devolução limitada da apelação contra o mérito das decisões do Júri, quando, para tanto, não se é necessário o exame meticoloso da prova, mas tão só verificar "se o veredicto nela encontra algum apoio, bastante a elidir a pecha de arbitrariedade" que, só ela, autoriza a cassação do julgado.

2. Caso em que é de deferir-se o habeas corpus e cassar o acórdão que deu provimento à apelação do Ministério Público, dado que a simples contraposição entre o voto do relator, na apelação, e o voto vencido basta a evidenciar a possibilidade de leituras diversas do conjunto probatório, de modo a tornar plausível a dúvida, pelo menos, quanto à autoria do fato, sempre negada pelo paciente.

(STF, 1ª Turma, HC 83302/RJ, Relator Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Julgamento: 09/03/2004)

3. Ordem denegada.

(STF, 1ª Turma, HC 94567/BA, Relator Min. CARLOS BRITTO, Julgamento: 28/10/2008)

DIREITO PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRIBUNAL DO JÚRI. DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. SOBERANIA DOS VEREDICTOS NÃO VIOLADA. LIMITE DE ATUAÇÃO DO TRIBUNAL DO JÚRI E DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL. DENEGAÇÃO.

1. A soberania dos veredictos do tribunal do júri não é absoluta, submetendo-se ao controle do juízo ad quem, tal como disciplina o art. 593, III, d, do Código de Processo Penal.
2. Conclusão manifestamente contrária à prova produzida durante a instrução criminal configura error in procedendo, a ensejar a realização de novo julgamento pelo tribunal do júri.
3. Não há afronta à norma constitucional que assegura a soberania dos veredictos do tribunal do júri no julgamento pelo tribunal ad quem que anula a decisão do júri sob o fundamento de que ela se deu de modo contrário à prova dos autos.
4. Sistema recursal relativo às decisões tomadas pelo tribunal do júri é perfeitamente compatível com a norma constitucional que assegura a soberania dos veredictos.
5. Juízo de cassação da decisão do tribunal do júri, de competência do órgão de 2º grau do Poder Judiciário (da justiça federal ou das justiças estaduais), representa importante medida que visa impedir o arbítrio.
6. A decisão do Conselho de Sentença do tribunal do júri foi manifestamente contrária à prova dos autos, colidindo com o acervo probatório produzido nos autos de maneira legítima.
7. Habeas corpus denegado.

(STF, 2ª Turma, HC 88707/SP, Relatora Min. ELLEN GRACIE, Julgamento: 09/09/2008)

Creemos que, se o Júri é garantia, e garantia fundamental, não há como admitir que suas decisões sejam cassadas ao fundamento de manifesta contrariedade à prova dos autos, até porque, não havendo fundamentação, não é possível saber como ou porque tal prova foi valorada ou excluída da valoração. Indo além: se a Constituição assegurou o sigilo das votações, excepcionando a regra da motivação das decisões judiciais, é porque quis permitir que os jurados tivessem a liberdade de julgar contra as provas. Nesse contexto, ousamos discordar do voto proferido pelo Ministro AMARAL SANTOS em acórdão acima referido: a menção feita pela Constituição à soberania dos veredictos, e não à soberania do júri, faz, sim, diferença: a possibilidade de cassação do que foi decidido pelos jurados implica afronta à soberania daquele veredicto a que chegaram, pouco importando se a lei reserva ao Júri a possibilidade de chegar a outro resultado.

É bem verdade que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal contribui para evitar que a ausência de fundamentação nas decisões do Júri leve os jurados a decidir arbitrariamente. Contudo, cremos que, ao impor a soberania dos veredictos, a Constituição – de maneira equivocada, a nosso ver – tomou partido em favor da inviabilidade de reforma ou cassação do que foi deliberado pelos

jurados, e a orientação da nossa Corte Constitucional apenas mascara o mau caminho trilhado, nesse tema, pelo Poder Constituinte. O desacerto do entendimento da Suprema Corte se torna gritante principalmente quando o Júri absolve alguém, e esse veredicto é cassado por “manifesta contrariedade à prova dos autos” – quando, a rigor, ao menos a nosso ver, a possibilidade de absolvição não fundamentada integra o conteúdo garantístico da instituição.

Mudando de assunto, o Supremo Tribunal Federal também parece não extrair maiores conseqüências da fundamentalidade ao decidir reiteradamente que nem sempre os crimes dolosos contra a vida poderão ser julgados pelo Tribunal do Júri: é que, como registra ALEXANDRE DE MORAIS,³³ “todas as autoridades com foro de processo e julgamento previsto diretamente pela Constituição Federal, mesmo que cometam crimes dolosos contra a vida, estarão excluídas da competência do Tribunal do Júri, pois no conflito aparente de normas da mesma hierarquia, a de natureza especial prevalecerá sobre a de caráter geral definida no art. 5º, XXXVIII, da Constituição Federal”.³⁴

EMENTA: AÇÃO PENAL. QUESTÕES DE ORDEM. CRIME DOLOSO CONTRA A VIDA IMPUTADO A PARLAMENTAR FEDERAL. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL VERSUS COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI. NORMA CONSTITUCIONAL ESPECIAL. PREVALÊNCIA. RENÚNCIA AO MANDATO. ABUSO DE DIREITO. NÃO RECONHECIMENTO. EXTINÇÃO DA COMPETÊNCIA DO STF PARA JULGAMENTO. REMESSA DOS AUTOS AO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU.

1. O réu, na qualidade de detentor do mandato de parlamentar federal, detém prerrogativa de foro perante o Supremo Tribunal Federal, onde deve ser julgado pela imputação da prática de crime doloso contra a vida.
2. A norma contida no art. 5º, XXXVIII, da Constituição da República, que garante a instituição do júri, cede diante do disposto no art. 102, I, b, da Lei Maior, definidor da competência do Supremo Tribunal Federal, dada a especialidade deste último. Os crimes dolosos contra a vida estão abarcados pelo conceito de crimes comuns. Precedentes da Corte.
3. A renúncia do réu produz plenos efeitos no plano processual, o que implica a declinação da competência do Supremo Tribunal Federal para o juízo criminal de primeiro grau. Ausente o abuso de direito que os votos vencidos vislumbraram no ato.
4. Autos encaminhados ao juízo atualmente competente.

(STF, Pleno, AP 333/PB, Relator Min. JOAQUIM BARBOSA, Julgamento: 05/12/2007)

No tocante a essa conclusão do Supremo Tribunal Federal, são questionáveis os argumentos de que não haveria hierarquia entre as normas constitucionais, e de que o conflito aparente entre as duas normas se resolveria, nesse caso, pelo critério da especialidade. Quanto à existência de

³³ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 111.

³⁴ O STF entende, no entanto, que, quando o foro por prerrogativa de função não constar da Constituição da República, sendo veiculado exclusivamente por norma da Constituição Estadual, prevalecerá a competência do Tribunal do Júri: é o que consta da Súmula 721, “A competência constitucional do Tribunal do Júri prevalece sobre o foro por prerrogativa de função estabelecido exclusivamente pela Constituição Estadual”.

hierarquia material entre as normas constitucionais, o tema é polêmico, mas, como base na qualificação de “garantia fundamental” atribuída ao Tribunal do Júri, custa crer que esteja essa regra no mesmo plano de importância que mera regra de competência inserta no capítulo sobre Poder Judiciário.³⁵ E, ainda que fossem as duas regras da mesma hierarquia, a prevalência deveria ser daquela norma reputada fundamental, e não daquela dita específica. Entretanto, permitimo-nos pôr em dúvida a própria existência do conflito entre normas: se o Júri é garantia fundamental, não seria mais correto permitir ao acusado de crime doloso contra a vida optar sempre pelo Tribunal Popular e os órgãos típicos do Poder Judiciário? É o que pretendemos discutir adiante.

4 PROPOSTA DE REINTERPRETAÇÃO DO ART. 5º, XXXVIII, DA CONSTITUIÇÃO

³⁵ A respeito do tema da existência de hierarquia material entre normas do mesmo texto constitucional, é oportuna a transcrição da longa mas proveitosa lição de VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA (*Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico*. In *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 123-125):

“*Hierarquia material*: mais complexa parece ser a discussão acerca da existência de normas constitucionais que, em razão da sua matéria, sejam mais importantes que outras. Essa complexidade é também apenas aparente. Ninguém ignora que, com relação a algumas normas, seria muito difícil, pelo menos em abstrato, chegar a uma conclusão sobre uma relação de maior ou menor importância. Ninguém ignora, por exemplo, que qualquer proposição sobre a superioridade ou inferioridade material do direito de propriedade sobre o direito de igualdade implicaria uma discussão político-ideológica que dificultaria qualquer consenso. Esses exemplos extremos não são suficientes, contudo, para que se possa afirmar que não há normas constitucionais mais importantes que outras. Ou será que alguém contestaria a tese de que a norma contida no art. 5º, II, da CF – segundo a qual ‘ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei’ – é mais importante e está, portanto, em um nível hierárquico materialmente superior ao da norma contida no art. 242, § 2º, que prevê a manutenção do Colégio Pedro II na órbita federal?”

É interessante notar que a superioridade material de algumas normas constitucionais em relação a outras é defendida *justamente na decisão do Tribunal Constitucional Alemão que muitos costumam usar como fundamento da unidade da constituição*. O trecho normalmente citado por quem usa essa decisão com esse fim é o seguinte: ‘Uma disposição constitucional não pode ser considerada isoladamente e nem interpretada somente a partir de si mesma. Ela está em uma conexão de sentido com os demais preceitos constitucionais, que representam uma unidade interna’.

No entanto, a decisão vai mais além. A frase seguinte é: ‘Do conteúdo total da constituição depreendem-se certos princípios e decisões jurídico-constitucionais, *aos quais as demais disposições constitucionais estão subordinadas*’.

Pouco mais adiante, a conclusão: ‘Disso resulta que cada disposição constitucional deve ser interpretada *de forma que seja compatível com aqueles princípios constitucionais e decisões fundamentais do legislador constitucional*’.

E não é só a tão citada decisão do Tribunal Constitucional Alemão que contraria a tese da inexistência de hierarquia entre as normas constitucionais.

Parece interessante também, neste ponto, transcrever a concepção de Klaus Stern, já que ele é um dos autores mais citados, no Brasil, como ‘argumento de autoridade’ contra a existência de hierarquia entre as normas constitucionais. Stern, contudo, pondera: ‘*Isso [a unidade da constituição] poderia dar a impressão de que todas as normas constitucionais estejam, com relação a grau hierárquico, tipo e importância, no mesmo nível*’.

É certo que a Lei Fundamental rompeu com a distinção, típica da Constituição de Weimar, entre proposições programáticas e normas vinculantes. Mas, mesmo que todas as normas da Constituição atual sejam normas vinculantes, não são elas, todavia, do mesmo tipo, *nem estão no mesmo nível hierárquico*.’.

Além disso – e talvez ainda mais importante –, caso se levasse realmente a sério a tese de que não pode haver diferença de importância entre as normas constitucionais, não haveria como fundamentar a prevalência de uma norma sobre outra nos casos de colisão normativa. Se uma norma prevalece sobre outra, *só pode ser porque ela tenha sido considerada mais importante*, ainda que somente para aquele caso concreto. Dessa forma, para aqueles que sustentam não poder haver hierarquia material entre as normas constitucionais parece haver somente uma saída: a rejeição do sopesamento como método de interpretação e aplicação do direito e a conseqüente rejeição da possibilidade de um direito prevalecer sobre outro em alguns casos.” (grifos no original)

Como visto, o texto da legislação infraconstitucional e a jurisprudência minimizam a importância do Tribunal do Júri como garantia. O problema maior, a nosso ver, foi diagnosticado por ROBERTO KANT DE LIMA, que denuncia como, no Brasil, o Júri não é tratado como direito subjetivo, como opção do acusado, mas sim como instituição judiciária obrigatória (isto é, como mera regra de competência).³⁶

Embora a literatura jurídica brasileira usualmente registre equivalências entre o procedimento judicial do Tribunal do Júri brasileiro e o da tradição anglo-americana, existem diferenças abissais entre ambos. Para começar, o nosso julgamento por júri não é uma opção do acusado, como ocorre no trial by jury, aplicado apenas aos que se declaram não culpados. Além disso, aqui esse julgamento é a culminância de vários procedimentos em que o acusado foi progressiva e sistematicamente indiciado na polícia e sucessivamente denunciado e indiciado no processo judicial, decidindo-se, finalmente, "pronunciá-lo" e inscrever seu nome no "rol dos culpados". A presunção oficiosa, portanto, é de culpa, não de inocência, o oposto do que ocorre no trial by jury americano. Note-se, também, que nos EUA o due process of law é um procedimento constitucional universalmente disponível aos cidadãos, um direito público subjetivo, para ser aplicado de acordo com leis locais, que devem ser igualmente aplicadas a todos os do lugar. O princípio da universalidade depende, portanto, da definição do universo e do espaço público, coletivo, sempre limitado, ao qual se aplica, em todos os casos, o procedimento judicial que é devido pelo Estado. No caso brasileiro, o Tribunal do Júri não constitui um direito subjetivo, mas sim uma instituição judiciária obrigatória apenas para crimes intencionais contra a vida humana. (grifos nossos)

É bem verdade que, para GUILHERME DE SOUZA NUCCI, a inserção do Júri no artigo 5º da Constituição constitui mera garantia humana fundamental de caráter formal, e não essencial, pois "Nos países em que não há júri – e são muitos – também é viável subsistir um Estado Democrático de Direito", e, "fosse ele um tribunal indispensável à democracia, deveria julgar muito mais que os crimes dolosos contra a vida".^{37 38} Para o doutrinador, o Júri consta da Constituição brasileira não como garantia do acusado – pois "Jamais o constituinte iria criar um tribunal que garantisse a *liberdade* do autor de um crime contra *vida humana*"³⁹ – mas como garantia do direito humano fundamental consistente na participação do povo nos julgamentos proferidos pelo Poder Judiciário, já que o Júri é "praticamente, a única instituição a funcionar com regularidade, permitindo que qualquer cidadão tome parte nos assuntos de um dos Poderes da República". Esse mesmo aspecto é afirmado por PAULO GUSTAVO SAMPAIO ANDRADE,⁴⁰ para quem sendo a norma do Tribunal

³⁶ LIMA, Roberto Kant de. *Direitos civis e Direitos Humanos: uma tradição judiciária pré-republicana?* Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88392004000100007&lng=en&nrm=iso&tlng=en>. Acesso em 9 out 2009.

³⁷ NUCCI, Guilherme de Souza Nucci. *Tribunal do Júri*. São Paulo: RT, 2008, p. 39.

³⁸ GUILHERME DE SOUZA NUCCI prossegue no texto para esclarecer que, em alguns outros países, como é o caso dos Estados Unidos, o júri é, de fato, uma garantia individual material: "A razão é simples: muitos magistrados são eleitos pelo povo. Ora, como ser, verdadeiramente, imparcial, quando há uma campanha eleitoral por trás? Como pode o juiz Fulano julgar o réu Beltrano, sabendo que este apoiou seu oponente na eleição para ocupar o cargo de magistrado daquela Comarca? Por isso, Beltrano não será julgado por Fulano, mas invocará um tribunal imparcial para tanto: o Tribunal do Júri. Adquire a instituição o status de garantia fundamental material. Sem ela, não haveria justiça imparcial e esta, sim, é exigência internacionalmente reclamada por nações democráticas."

³⁹ NUCCI, Guilherme de Souza Nucci. *Tribunal do Júri*. São Paulo: RT, 2008, p. 40.

⁴⁰ ANDRADE, Paulo Gustavo Sampaio. Tribunal do júri e privilégio de foro. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 4, n. 43, jul. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1075>>.

do Júri norma da Lei Maior da Nação, pode ser afastada somente por norma de igual hierarquia que a exceção, jamais por norma de hierarquia inferior, seja de Constituição Estadual, de lei federal ou estadual. O Tribunal do Júri não é um direito subjetivo do acusado, renunciável: é um direito de cada membro da sociedade, de julgar diretamente os acusados de crimes dolosos contra a vida.

Pensamos diferentemente de NUCCI e de ANDRADE. Sem negar a possibilidade de falar-se na conveniência e mesmo na fundamentalidade de qualquer pessoa do povo poder integrar o Tribunal do Júri, participando ativamente de um dos três Poderes da República, essa possibilidade é instituída em favor da sociedade como um todo, e não como direito subjetivo individual, motivo pelo qual não se justificaria, só por isso, sua inclusão num capítulo sobre direitos individuais. Cremos, portanto, que o artigo 5º pretendeu fazer do Tribunal do Júri uma garantia para o acusado, sem que isso signifique “garantir a liberdade do autor de um crime”, mas sim permitir ao réu submeter-se a um “devido processo legal” especificamente previsto em crime de especial relevância social para a comunidade, sujeitando-se ao julgamento por seus pares.

Voltemos, então, aos argumentos favoráveis e desfavoráveis ao Tribunal do Júri, expostos no capítulo 2. Não há argumentos melhores ou piores num ou noutro sentido: em verdade, todos os prós e contras coexistem, e poderão ser favoráveis ou desfavoráveis ao réu conforme as variáveis do caso concreto.

Em determinados casos, pode ser preferível ao réu o julgamento por um Juiz togado: a acusação será objeto de apreciação por um julgador técnico e imparcial, desprovida de maior carga emocional, em sentença fundamentada, com apreciação aprofundada das provas existentes.

Noutros casos, à defesa pode ser preferível ao acusado que se dê aos jurados, como membros da comunidade, a oportunidade de realizar um julgamento que eventualmente possa se distanciar do rigor da lei para levar em consideração o histórico de vida e os méritos do réu, permitindo-se ao povo que faça com que considerações de ordem pessoal e emocional interfiram, sim, na decisão, que, por não ser fundamentada, poderá passar ao largo da apreciação metódica do conjunto probatório.

O resultado de qualquer julgamento, independentemente de quem seja o órgão julgador, é sempre uma incógnita. Há, porém, diversas situações em que fica evidenciada a diferença de probabilidade de resultado positivo para o réu entre ser julgado por um técnico e pelo povo.

Suponha-se a situação de um indivíduo que leva uma vida virtuosa, gozando de bom nome entre seus pares, mas que, diante de uma série de infortúnios, passando por um período de estresse, termina por desferir disparo de arma de fogo fatal contra alguém numa briga de trânsito. As chances de absolvição – ou, ao menos, em caso de condenação, de afastamento das qualificadoras – são significativamente maiores no Tribunal do Júri, em que o prestígio de que o réu goza na comunidade será considerado para que se decida se é ou não adequada a imposição de sanção penal.

No sempre recorrente exemplo do homem que, deliberadamente, identifica, persegue e mata o estuprador da sua filha, também o Tribunal do Júri terá maior margem de liberdade que o Juiz togado para, apesar das provas existentes, deliberar no sentido da absolvição: a desnecessidade de

fundamentar o veredicto confere aos jurados a liberdade de afastar-se da lei e legitimar conduta que, de forma geral e abstrata, é proibida.

Em contrapartida, determinada pessoa com notória má reputação poderá preferir o julgamento de sua conduta por um Juiz togado, que saberá, no exercício profissional e técnico de seu mister, julgar o fato de que é acusado, e não o histórico pessoal; os jurados, por outro lado, poderiam pender para o emocional e, diante da rejeição da comunidade à pessoa do réu, seria significativamente maior o risco de condenação de um inocente.

Por fim, para alguém que sabidamente cometeu crime violento, cuja barbaridade gerou indignação em toda a localidade, os critérios técnicos serão fundamentais para preservar o réu, culpado, de uma pena desproporcionalmente alta – já que os jurados tenderiam, nesse caso, por critérios emocionais e não jurídicos, a acolher todas as qualificadoras que fossem objeto de quesitação.

Pelas situações hipotéticas acima apontadas, vê-se que o que uns apontam como defeitos do Júri pode significar para o réu um julgamento pelos critérios de Justiça da sociedade em que vive; noutras situações, o que uns apontam como méritos do Júri pode representar o risco de uma condenação indevida ou exasperação injusta da pena.

É por isso que endossamos integralmente a posição exposta por DIAULAS COSTA RIBEIRO,⁴¹ em artigo datado de 1998 que, infelizmente, não teve a repercussão merecida:

O acusado de crime doloso contra a vida tem a alternativa de ser julgado por um juiz togado, em vez de jurados?

(...) Em primeiro lugar, o júri, na Constituição Federal, é direito e garantia do indivíduo; não é órgão do Poder Judiciário; está inserido no artigo 5.º e não no artigo 92. (...)

Se o júri no Brasil é um direito garantido, se é um direito individual por classificação constitucional, não pode ser impositivo; não pode ser obrigatório. A nova doutrina dos direitos e garantias individuais contempla a renúncia a eles. (...)

No Reino Unido, há cerca de 100 anos existe o direito de opção pelo júri, como uma alternativa aos tribunais de juízes togados, à exceção da Escócia, onde apenas o Ministério Público tem essa alternativa. Em Portugal e nos Estados Unidos, a acusação e a defesa também podem exercer essa escolha.

A Constituição Federal autoriza, como regra geral, o julgamento dos acusados pelo Poder Judiciário. A garantia individual é o direito de opção pelo julgamento popular. O constituinte estabeleceu uma garantia mínima, mas não restringiu as possibilidades de julgamento por jurados. Ainda que se tenha aprendido e repetido o contrário, não há proibição constitucional que impeça o legislador de abrir a prerrogativa do júri a todos os crimes previstos no Código Penal e nas leis especiais. Nem para questões cíveis. O que o legislador ordinário não pode é excluir da

⁴¹ RIBEIRO, Diaulas Costa. *Júri: um direito ou uma imposição?* Disponível em <http://www.diaulas.com.br/artigos.asp?id=213&p_ch=>. Acesso em: 9 out 2009.

competência do júri os crimes dolosos contra a vida. Mas pode incluir outros. E caso se troque o verbo assegurar por garantir, o texto ficará ainda mais evidente. Garante-se o júri para julgar os crimes dolosos contra a vida, em relação a qualquer lei infraconstitucional.

A consequência dessa garantia é bastante clara: se o júri é uma instituição reconhecida como garantia individual, o acusado tem o direito de não optar por ele, sob pena de isto constituir uma obrigação ao invés de assegurar um direito.

O Tribunal do Júri, portanto, só poderá cumprir seu papel de “garantia fundamental” se ao réu for concedido o direito de optar, na fase inicial do processo (após o que se dará a preclusão da oportunidade de escolha), entre a submissão da denúncia à apreciação de um Juiz togado e o julgamento pelo Júri. As garantias que o atual estágio evolutivo do nosso Direito faz decorrer da atuação independente e fundamentada da Magistratura de carreira só podem ceder espaço ao julgamento não fundamentado realizado por leigos se contar com a concordância expressa do réu. Se assim não for, o Júri não será verdadeiramente uma garantia individual fundamental, mas, como bem notou ROBERTO KANT DE LIMA, uma mera regra de competência jurisdicional. E, pelas mesmas razões, se o réu desejar – e manifestar oportunamente esse seu desejo, sob pena de preclusão⁴² – ser julgado pelo Júri, a previsão do foro por prerrogativa de função não pode se impor em detrimento daquilo que a Constituição prevê como garantia do indivíduo.

CONCLUSÃO

Por mais que sempre tenha havido quem, com fortes argumentos, desaprovasse o Tribunal do Júri, é fato que a instituição tem feito parte da história constitucional do Brasil, e, certo ou errado, foi trazido pela Constituição da República de 1988 para dentro do rol de direitos e garantias fundamentais expressas no artigo 5º.

A legislação infraconstitucional e as próprias normas da Constituição devem receber interpretação compatível não com os valores pessoais do intérprete, nem com os valores das Constituições anteriores, mas sim com a tábua axiológica plasmada pelo Poder Constituinte no texto positivado da Carta de 1988.

Se o Júri foi inserido no rol das garantias ditas fundamentais, há que se buscar desvelar a norma que justifica a fundamentalidade atribuída à possibilidade de julgamento pelo Tribunal Popular. Cientes de que a maioria das críticas feitas ao Júri reside justamente na consideração de que, em regra, ele representa uma diminuição, para as partes, das garantias que decorrem do julgamento dos processos por órgãos tradicionais do Poder Judiciário (julgamento técnico, imparcial, mediante apreciação das provas em sentença fundamentada), a imposição do Júri para julgamento dos crimes dolosos contra a vida (e outros que a lei ordinária determinar) não constitui direito ou garantia para o indivíduo, mas mera regra de competência.

⁴² Pois é natural que um direito não pode se prestar ao abuso: se o réu pudesse, a qualquer momento, optar pelo órgão julgador, essa opção seria incorporada às “estratégias” de procrastinação tendentes à prescrição da pretensão punitiva.

A interpretação que, segundo sustentamos, melhor se adapta aos desígnios da Constituição é a que extrai do caráter de garantia a possibilidade de opção, pelo réu, de submeter-se ao Juiz togado ou aos jurados, conforme melhor lhe pareça para a sua defesa. E, em sendo exercida a opção por valer-se da garantia constitucionalmente oferecida ao acusado, a competência do Júri – e a soberania de seu veredicto – não poderá ser afastada por regras outras de foro por prerrogativa de função ou por meio de recurso de apelação.

Preconizamos, por fim, que nada há na Constituição ou nas leis vigentes que infirme nossas conclusões, imediatamente aplicáveis sem a necessidade de alteração legislativa, bastando submeter as regras atualmente em uso à devida filtragem constitucional. De toda sorte, a oportunidade de regulamentação expressa do direito de opção se faz presente, já que o Congresso Nacional encontra-se em fase de discussão do projeto do novo Código de Processo Penal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Paulo Gustavo Sampaio. *Tribunal do júri e privilégio de foro*. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 43, jul. 2000. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1075>>. Acesso em: 9 out. 2009.

BORBA, Lise Anne de. *Aspectos relevantes do histórico do Tribunal do Júri*. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 54, fev. 2002. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2695>>. Acesso em: 9 out. 2009.

BUNA, Themis Aleksandra Santos Bezerra. *Aproximações legais e doutrinárias ao júri popular no Brasil e nos Estados Unidos*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 685, 21 maio 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6754>>. Acesso em: 9 out. 2009.

CADY, Melissa Campos; ARAÚJO FILHO, Jorge Pereira de et al. *Tribunal do júri: uma breve reflexão*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 203, 25 jan. 2004. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4720>>. Acesso em: 9 out. 2009.

GRECO, Leonardo. *As Garantias Fundamentais do Processo: o Processo Justo*. Disponível em <<http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/viewFile/1/2>>. Acesso em: 9 out. 2009.

LIMA, Roberto Kant de. *Direitos civis e Direitos Humanos: uma tradição judiciária pré-republicana?* Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88392004000100007&lng=en&nrm=iso&tlng=en>. Acesso em 9 out 2009.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*, vol. I. 1ª ed, 2ª tiragem. Campinas: Bookseller, 1998.

MARQUES, José Frederico. *Júri de Economia Popular*. In Estudos de Direito Processual Penal. 2ª ed. Campinas: Millennium, 2001.

MARQUES, José Frederico. *Lei de Imprensa*. In Estudos de Direito Processual Penal. 2ª ed. Campinas: Millennium, 2001.

MARQUES, José Frederico. *O Júri*. In Estudos de Direito Processual Penal. 2ª ed. Campinas: Millennium, 2001.

MEZZOMO, Marcelo Colombelli. *Tribunal do Júri: vamos acabar com essa idéia!* Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 62, fev. 2003. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3690>>. Acesso em: 9 out. 2009.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NASSIF, Aramis. *Júri – Instrumento da Soberania Popular*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza Nucci. *Tribunal do Júri*. São Paulo: RT, 2008.

RIBEIRO, Diaulas Costa. *Júri: um direito ou uma imposição?* Disponível em <http://www.diaulas.com.br/artigos.asp?id=213&p_ch=>. Acesso em: 9 out 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico*. In Interpretação Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2005.

STRECK, Lenio Luiz Streck. *Tribunal do Júri: Símbolos e Rituais*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

A JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES E A CAIXA-PRETA DO PREQUESTIONAMENTO

ISABEL GODOY SEIDL

Mestranda em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogada.

Sumário: I – Histórico. II – Conceitos e definições. III – Classificações: i) prequestionamento numérico, ii) prequestionamento explícito, iii) prequestionamento implícito, iv) prequestionamento ficto. IV – Análises Casuísticas: i) prequestionamento e matéria de ordem pública, ii) prequestionamento e terceiros interessados. V – Vícios embargados, ou prequestionamento viciado? VI – Conclusão. VII - Referências

Resumo: O presente trabalho se propõe a analisar de forma crítica o instituto do prequestionamento no Brasil, apresentando as diversas correntes doutrinárias e jurisprudenciais dos tribunais superiores sobre o tema. Apresenta, ainda, um estudo individualizado de situações polêmicas, tais como a intervenção de terceiros e matérias de ordem pública diante do requisito do prequestionamento e o mau uso que é feito dos embargos de declaração, em razão da falta de uniformidade quanto ao conceito e configuração do instituto, gerando profunda insegurança jurídica.

Abstract: The purpose of this present work to analyze in a critical manner the institute of preliminary allegation in Brazil¹, revealing the different stances of legal writing and high courts' precedents. This present work shall also reveal an individualized study on controversial situations, such as interested person interventions and public policy matters in face of the condition precedent of the preliminary allegation and also the malpractice in the use of motion for resettlement of judgment due to the lack of uniformity concerning the concept and aspects of this institute, creating an enormous legal insecurity.

Palavras-chave: Prequestionamento – Supremo Tribunal Federal – Superior Tribunal de Justiça – jurisprudência - intervenção de terceiros – matéria de ordem pública - embargos de declaração – insegurança jurídica.

Key-words: Preliminary allegation – Federal Supreme Court – Superior Court of Justice – court precedents – interested person intervention – public policy matters - motion for resettlement of judgment – legal insecurity.

¹ The issue that is being raised by a party must have been ruled by the singular judge and or the appellate court as a pre condition to a special appeal to the Superior Court of Justice and or an extraordinary appeal to the Brazilian Supreme Court.

HISTÓRICO

O prequestionamento é questão bastante controversa no direito processual civil brasileiro, não encontrando uniformidade quanto ao seu conceito, suas classificações e tão pouco quanto a sua configuração.

No entanto, tais divergências doutrinárias e jurisprudenciais não bastam para que o mesmo perca sua importância, como se verá a seguir.

Muito embora a previsão constitucional do prequestionamento seja uma questão pouco questionada e, para alguns autores, até mesmo superada, fato é que tal pressuposto de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário, atualmente identificável nos artigos 102, III e 105, III, da Constituição Federal/1988, não é novidade no sistema jurídico brasileiro.

A primeira Constituição republicana, datada de 24.02.1891, em seu artigo 59, III, § 1º, a, já previa o prequestionamento como requisito de admissibilidade do recurso direcionado ao Supremo Tribunal Federal:

Art 59 - Ao Supremo Tribunal Federal compete:

(...)

§ 1º - Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:

*a) quando se **questionar** sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela.*

Tal requisito de admissibilidade surgiu no Brasil por influência do *writ of error* norte-americano, no qual “a admissibilidade do recurso é taxativamente condicionada a ter sido suscitada, discutida e julgada, questão cuja solução contrarie norma da Constituição, de Lei federal ou tratados da União”².

A Constituição de 1934, embora se utilizando de linguagem ligeiramente diversa, em seu artigo 76, III, b, manteve a referência expressa ao prequestionamento:

Art 76 - A Corte Suprema compete:

(...)

2) julgar:

(...)

III - em recurso extraordinário, as causas decididas pelas Justiças locais em única ou última instância:

² Aragão, E. D. Moniz de. Pré-questionamento. Revista Forense, Rio de Janeiro, vol. 328, p. 38, out/dez. 1994

(...) b) quando se questionar sobre a vigência ou validade de lei federal em face da Constituição, e a decisão do Tribunal local negar aplicação à lei impugnada

O texto foi reproduzido no artigo 101, III da Constituição de 1937. Dessa forma, o requisito esteve expresso no ordenamento, de 1891 até a entrada em vigor da Constituição de 1946, quando o constituinte eliminou o verbo “questionar”, permitindo o surgimento das mais variadas correntes sobre o tema, inclusive sustentando que o requisito havia sido extinto pela nova Constituição.

No entanto, deve-se notar que doutrina e jurisprudência jamais alcançaram um posicionamento uniforme quanto à inexigibilidade, ou sua exigência implícita pela Constituição.

O silêncio quanto ao “questionamento” foi reproduzido na Constituição de 1967 que, contudo, conservou o verbo “contestar”:

Art 114 - Compete ao Supremo Tribunal Federal:

(...)

III - julgar mediante recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância por outros Tribunais ou Juízes, quando a decisão recorrida:(...)

c) julgar válida lei ou ato do Governo local, **contestado** em face da Constituição ou de lei federal. (grifou-se)

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 46.882, precedente da Súmula 282, sobre a modificação implementada pela Constituição de 1967, destacou que “essa mudança de redação é irrelevante..., conforme tem decidido, reiteradamente, o Supremo Tribunal”.

Com a edição das Súmulas 282³ e 386⁴ do Supremo Tribunal Federal, em 1963, ou seja, durante a vigência da Constituição de 1946, que não previa expressamente tal requisito, consolidou-se o entendimento jurisprudencial de que o prequestionamento é um requisito de exigência implícita na Constituição.

Em 1988, com a criação do Superior Tribunal de Justiça, com competência para processar e julgar os recursos que versem sobre tratados e leis federais e suas eventuais violações em razão das decisões proferidas pelos Tribunais inferiores, foi editada, em 1998, a Súmula 211 desse Tribunal, segundo a qual é “inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal *a quo*”.

³ “É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada”

⁴ “O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento”

Dessa forma, não mais se questiona a exigência, seja ela implícita, ou explícita do prequestionamento, que apesar de longo vem ganhando importância e complexidade com o passar do tempo.

CONCEITOS E DEFINIÇÕES

Haja vista a relevância do tema e o entendimento pacificado quanto à imprescindibilidade do requisito à admissibilidade dos recursos especial e extraordinário, se afigura fundamental o estudo cauteloso do tema, uma vez que o mesmo influencia diretamente o acesso à justiça de todos aqueles que se socorrem aos tribunais superiores objetivando o justo julgamento da lide que o aflige.

Como exposto inicialmente, o prequestionamento é um requisito de admissibilidade dos recursos excepcionais, conforme entendimento pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal. No entanto, não há consenso entre estes Tribunais quanto ao conceito e a forma de configuração do mesmo.

Nesse contexto, destaca-se a existência de três principais correntes quanto à verificação do prequestionamento.

A primeira delas, defendida por José Miguel Garcia Medina⁵, entende que o prequestionamento se configura quando a matéria é argüida previamente por qualquer das partes, ou seja, está intimamente relacionado com a iniciativa das partes.

No entanto, entendimento sustentado pelo Superior Tribunal de Justiça⁶ e reafirmado por Eduardo Ribeiro de Oliveira, Athos Gusmão Carneiro, Nelson Nery Jr, Angélica Arruda Alvim e Eduardo Arruda Alvim, afirma que o prequestionamento só se configura quando a questão que será objeto de recurso excepcional houver sido efetivamente decidida nos autos do processo.

Nessas hipóteses a iniciativa das partes é indiferente ao prequestionamento, ou seja, ainda que as partes tenham provocado, oportunamente, a manifestação do tribunal sobre determinada matéria, se este não se pronunciou, a matéria não será tida por prequestionada.

⁵ Segundo o referido autor, “Prequestionamento só pode ser entendido como a iniciativa das partes que não vinculam, necessariamente, a decisão da qual se pretende recorrer. Elas, as partes, prequestionam, o Tribunal decide. É da decisão do Tribunal que se recorre e não da iniciativa das partes. Prequestionamento, em suma, não se confunde com a questão constitucional ou legal, que autoriza a interposição do recurso extraordinário ou especial, respectivamente.” Cit. Bueno, Cássio Scarpinella. Quem tem medo do prequestionamento?. texto extraído do Jus Navigandi – <http://jus2.UOL.com.BR/doutrina/texto.asp?id=3024>

⁶ “Prequestionamento explícito. Caracterização. Para ser atendido o requisito de admissibilidade do prequestionamento, o Tribunal a quo tem que examinar e decidir a questão posta, não sendo necessária, no acórdão, a expressa menção ao dispositivo legal em que se fundamenta a decisão.” Eresp 165.212/MS, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, julg. 10.10.1999

“Processo Civil. Recurso especial. Prequestionamento implícito. Embargos acolhidos. – O prequestionamento consiste na apreciação e na solução, pelo tribunal de origem, das questões jurídicas que envolvam a norma positiva tida por violada, inexistindo a existência de sua expressa referência no acórdão impugnado.” EmD no Resp 162.608/SP, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, julg. 16.06.1999

Deve-se notar, ainda, a existência de uma terceira teoria, capitaneada pelo Supremo Tribunal Federal⁷, segundo a qual o prequestionamento tão somente se verifica nas hipóteses em que houver a coincidência das duas primeiras correntes, isto é, quando as partes tiverem discutido prévia e tempestivamente a questão e existir manifestação expressa do tribunal sobre a matéria.

A despeito da divergência doutrinária, destaca-se a falta de uniformidade também na jurisprudência dos tribunais superiores quanto aos critérios de configuração do prequestionamento, o que reforça a importância de se conhecer o entendimento de cada um dos tribunais, de modo que eventuais confusões provocadas pela falta de consenso possam ser evitadas, impedindo a ocorrência de graves danos aos litigantes que pretenderem submeter suas respectivas lides ao julgamento dos tribunais superiores.

CLASSIFICAÇÕES

A falta de uniformidade da jurisprudência quanto à definição de prequestionamento fez surgir diversas classificações para o mesmo, dentre as quais se destacam as alusões ao prequestionamento como sendo explícito, implícito, ficto e numérico.

Embora se reconheça que o surgimento dessa classificação tenha se dado em grande parte com o objetivo de facilitar a compreensão do instituto e permitir uma relativa flexibilização de conceitos, haja vista a falta de consenso quanto aos mesmos, fato é que nem mesmo quanto a esta classificação foi possível se alcançar uma uniformidade de entendimentos em sede doutrinária e jurisprudencial.

PREQUESTIONAMENTO NUMÉRICO

Tal espécie de prequestionamento corresponde às situações em que há expressa menção ao dispositivo legal com vigência negada ou interpretação divergente.

⁷ “Não ventilada no acórdão recorrido a matéria constitucional suscitada pelo recorrente, deixa de configurar-se, tecnicamente, o prequestionamento do tema, necessário ao conhecimento do recurso extraordinário. A configuração jurídica do prequestionamento decorre de sua oportuna formulação em momento procedimentalmente adequado. Não basta, no entanto, só arguir previamente o tema de direito federal para legitimar o uso da via do recurso extraordinário. Mais do que a satisfação dessa exigência, impõe-se que a matéria constitucional questionada tenha sido efetivamente apreciada na decisão recorrida (RTJ 98/754 - RTJ 116/451).” AgIn 251.813-0/SP, 2 Turma, Rel. Ministro Celso de Mello, DJU 09.06.2000, p. 42

“AGRAVO DE INSTRUMENTO - AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO EXPLÍCITO - SÚMULAS 282 E 356 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - ALEGADA NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL - INOCORRÊNCIA - MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL - RECURSO IMPROVIDO. PREQUESTIONAMENTO EXPLÍCITO - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. - A configuração jurídica do prequestionamento - que traduz elemento indispensável ao conhecimento do recurso extraordinário - decorre da oportuna formulação, em momento procedimentalmente adequado, do tema de direito constitucional positivo. Mais do que a satisfação dessa exigência, impõe-se que a matéria questionada tenha sido explicitamente ventilada na decisão recorrida. Sem o cumulativo atendimento desses pressupostos, além de outros igualmente imprescindíveis, não se viabiliza o acesso à via recursal extraordinária. - Omissa a decisão judicial na resolução de tema efetivamente suscitado pela parte, impõe-se, a esta, para efeito de cognoscibilidade do recurso extraordinário, o necessário oferecimento dos embargos de declaração, destinados a ensejar a explícita análise da quaestio juris pelo Tribunal a quo.” AgIn 179.378 AgR/DF, 1 Turma, Rel. Ministro Celso de Mello, DJU 29.08.2003.

PREQUESTIONAMENTO EXPLÍCITO

Quanto ao prequestionamento explícito, vale notar os comentários feitos por Theotônio Negrão, segundo o qual, a matéria federal ou constitucional deve ser objeto de manifestação expressa, de modo que cumpra o requisito a eventual propositura de recurso, não havendo necessidade, contudo, “que o artigo da Constituição Federal tenha sido expressamente referido no acórdão recorrido”⁸.

Para Luis Guilherme Aidar Bondioli, o prequestionamento explícito se configura tão somente nas hipóteses em que no acórdão recorrido conste referência expressa ao dispositivo legal ou constitucional, cuja violação se pretende sustentar em recurso excepcional, não bastando manifestação clara quanto à matéria nele abordada.

O STF exige o prequestionamento explícito, nos termos expostos por Theotônio Negrão.

O Superior Tribunal de Justiça entende por prequestionamento explícito o que foi colocado inicialmente como prequestionamento numérico, isto é, ainda que a matéria discutida esteja suficientemente clara no acórdão, se o artigo supostamente violado não tiver sido referido, o mesmo não se configurará.

No entanto, vale destacar que o STJ não exige o prequestionamento explícito, da forma que o entende.

PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO

O tratamento dado pela doutrina e pela jurisprudência a essa espécie de prequestionamento não difere muito daquele dado às demais.

Para Cássio Scarpinella Bueno, prequestionamento implícito é “a forma menos clara de ver aquilo que foi decidido e qual a tese jurídica a ele correspondente.”

Nos dizeres do ilustre ministro Athos Gusmão Carneiro, o prequestionamento implícito passou a ser admitido por força da necessidade de se mitigar formalismos excessivos. Assim, para ele, prequestionamento implícito dispensa “a indicação expressa do artigo de lei violado e dispensando, ainda, a necessidade de interposição de embargos declaratórios “para tornar explícito o que, de modo implícito, está contido no acórdão recorrido.”⁹

A definição do que é prequestionamento implícito é uma das mais árduas tarefas relativas ao tema.

⁸ Negrão, Theotônio. Código de Processo Civil e legislação processual em vigor. 39 edição. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 2.088.

⁹ Carneiro, Athos Gusmão. Recurso Especial, Agravos e Agravo Interno. 5 edição. Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 2008, p. 49.

Para Cândido Rangel Dinamarco, há prequestionamento implícito quando não houver dúvida quanto à intenção das partes de discutir determinada matéria. De tal modo que ainda que as partes e ou o acórdão não hajam feito referência expressa aos artigos supostamente violados, considerar-se-á prequestionada a matéria.

Para o STF o prequestionamento implícito ocorre quando o acórdão recorrido não debateu ou emitiu juízo de valor, mas o teor da decisão viola dispositivo constitucional.

O STJ entende por prequestionamento implícito, majoritariamente, aquilo que o STF sustenta por prequestionamento explícito, ou seja, o mesmo se verifica quando o tema tiver sido debatido sem fazer referência expressa ao dispositivo tido por violado.

Vale notar que os embargos prequestionadores, manifestamente admitidos pela jurisprudência, não se prestam a promover o prequestionamento numérico, quando a matéria houver sido decidida, havendo, portanto, prequestionamento implícito, ou explícito, dependendo do tribunal que irá apreciá-la.

PREQUESTIONAMENTO FICTO

Por fim, diz-se que há prequestionamento ficto, quando as partes, no decorrer do processo, se manifestaram sobre a matéria, sem que a mesma tenha sido enfrentada.

O STF, em regra, se filia ao prequestionamento explícito, havendo precedentes em que o prequestionamento ficto também foi admitido.

ANÁLISES CASUÍSTICAS

A falta de uniformidade quanto aos critérios de configuração do prequestionamento gera um grau de insegurança jurídica sem precedentes e cria situações próprias em que o prequestionamento precisa ser analisado de forma isolada.

PREQUESTIONAMENTO E MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA

Dentre as questões mais debatidas envolvendo o tema está a necessidade de prequestionamento das matérias de ordem pública.

Como demonstrado anteriormente, não há uma verdadeira uniformidade quanto aos critérios de configuração do prequestionamento. No entanto, não resta dúvida de que, em regra, para que se considere preenchido o requisito do prequestionamento, a matéria tem que ter, no mínimo, sido ventilada no processo, quer por iniciativa das partes, que por decisão de ofício do juiz.

Em contraposição a este entendimento, é colocado o disposto no artigo 267, § 3º do Código de Processo Civil, segundo o qual as matérias de ordem pública devem ser conhecidas a qualquer tempo e grau de jurisdição até mesmo *ex officio*.

Dessa forma, surge então a dúvida quanto à possibilidade de apreciação de matéria de ordem pública pelos tribunais superiores, independentemente de prequestionamento, uma vez que o dispositivo processual permitiria que se conhecesse a qualquer tempo, de ofício, de tais matérias.

Ainda que em uma primeira análise possa parecer clara a possibilidade e até mesmo o dever de se conhecer de ofício das matérias de ordem pública pelos tribunais superiores, a verdade é que a questão não é simples como parece.

O requisito do prequestionamento tem origem constitucional, como inicialmente abordado, havendo, portanto, um conflito hierárquico de normas.

Mesmo que se possa argumentar que o Código de Processo Civil deve se sobrepor ao requisito constitucional por sua especificidade, fato é que a ordem hierárquica prevalece sobre a especificidade.

Sendo assim, tendo em conta a prevalência da norma constitucional, tal requisito se afigura intransponível, conforme jurisprudência dos tribunais superiores:

*“Recurso extraordinário: descabimento: falta de prequestionamento, exigível, segundo a jurisprudência da Corte, ainda que a matéria seja de ordem pública, cuja declaração deva se dar de ofício: incidência das Súmulas 282 e 356: precedentes.”*¹⁰

Visando evitar a propositura de eventuais ações rescisórias e até mesmo de perpetuar nulidades absolutas, o Superior Tribunal de Justiça vem admitindo a apreciação das matérias de ordem pública, desde que o recurso tenha sido admitido por outro fundamento, devidamente prequestionado:

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FORNECIMENTO DE MEDICAÇÃO. MENOR CARENTE. MINISTÉRIO PÚBLICO. ILEGITIMIDADE. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. EXAME DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO POR OUTRO FUNDAMENTO. SÚMULA 456/STF. ECA. PROTEÇÃO JUDICIAL DOS INTERESSES INDIVIDUAIS, DIFUSOS E COLETIVOS. APELAÇÃO. PRAZO. 15 DIAS. ART. 212, § 1º, DA LEI N.º 8.069/90.

¹⁰ RE 254.921 AgR-ED/SP, 1 turma, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, DJU 13.08.2004, p. 275.

1. *É possível analisar de ofício matéria de ordem pública se, após ser o recurso especial conhecido por outro fundamento, defrontar-se o julgador com nulidade absoluta ou matéria de ordem pública que possa implicar anular ou tornar rescindível o julgamento. Súmula 456/STF. Precedentes.*”¹¹

Ainda que este seja o entendimento exposto pela maioria dos doutrinadores, também não é pacífico.

Nelson Luiz Pinto sustenta que “relativamente às questões de ordem pública, que, por disposição legal, devem ser conhecidas e decretadas até mesmo *ex officio* em qualquer tempo e grau de jurisdição (art. 267, § 3º), que são, essencialmente, os vícios positivos de existência e de validade do processo, bem como a presença de pressupostos processuais negativos, deve ser dispensado o requisito do prequestionamento, devendo o Superior Tribunal de Justiça, até mesmo de ofício, conhecer dessas questões, evitando-se, assim, o trânsito em julgado da decisão viciada, que poderá ensejar a propositura de ação rescisória (art. 485, V, do CPC)”¹².

Não há dúvida de que ambas as correntes têm fortes argumentos e que o tratamento dispensado às matérias de ordem pública deve ser diferenciado.

Tendo em vista o contexto atual do Judiciário brasileiro, e o conseqüente perfil das decisões proferidas pelos tribunais estaduais e federais, não se pode presumir que os pressupostos processuais e as condições da ação sejam, sempre, apreciadas de ofício.

Lamentavelmente, a realidade não nos permite, ainda que com fundamento legal, pressupor que as matérias de ordem pública estão implicitamente prequestionadas.

Embora não haja dúvida de que os juízes deveriam cumprir à risca determinados “rituais”, tal falha não pode ser atribuída exclusivamente a eles, que atualmente se vêem assoberbadíssimos pela grande quantidade de processos em trâmite.

Sendo assim, mesmo não me filiando à corrente que sustenta a ditadura do prequestionamento, não concordo com elasticidade tamanha do instituto de modo a se admitir a presunção de prequestionamento das matérias de ordem pública.

Sinto-me mais confortável, portanto, com a corrente que admite a apreciação das matérias de ordem pública, uma vez conhecido o recurso por outro fundamento.

Distanciando-se brevemente do processo civil, vale notar que as restrições enfrentadas pelas matérias de ordem pública no processo civil, não se aplicam ao processo penal, no qual tais matérias

¹¹ Resp 610.438/SP, Rel. Ministro Franciulli Netto, 2 Turma, DJ 30.03.2005, p. 195.

¹² Pinto, Nelson Luiz. Recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça – teoria geral e admissibilidade. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 182-183.

podem ser reconhecidas de ofício, independentemente do conhecimento do recurso por outro fundamento devidamente questionado.¹³

PREQUESTIONAMENTO E TERCEIROS INTERESSADOS

Outro tema que dá margem a debate é a necessidade de prequestionamento por terceiros interessados que ingressam no processo após a prolação do acórdão.

Nas hipóteses em que o terceiro interessado é litisconsorte necessário, o requisito vem sendo flexibilizado de modo a se admitir, sem qualquer restrição, o cabimento de recursos excepcionais, independentemente de prequestionamento.

Tal entendimento já foi manifestado pelo Superior Tribunal de Justiça:

“RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. JUÍZO RESCINDENDO. AUSÊNCIA DE CITAÇÃO DE TODOS QUE PARTICIPARAM DA AÇÃO ORIGINÁRIA. LEGITIMIDADE PARA MANIFESTAÇÃO DO LITISCONSÓRCIO ATIVO DO PROCESSO DE CONHECIMENTO. PREQUESTIONAMENTO. DESNECESSIDADE.

1. A rigidez da observância do prequestionamento deve ser flexibilizada nos casos em que o terceiro interessado busca, via recurso especial, insurgir-se contra ausência da sua citação como litisconsorte necessário. Precedentes do STJ e do STF.

2. Em se tratando de ação rescisória, a demanda deve ser proposta contra todos que participaram da ação originária, uma vez que a decisão a ser proferida atingirá a todos indistintamente.

3. Ausente a citação de todos os que compunham o litisconsórcio no pólo ativo da ação de conhecimento, imperiosa é a decretação da nulidade de toda marcha processual no bojo da ação rescisória.

4. Recurso especial conhecido e provido.”¹⁴

O entendimento perfilhado pelo Superior Tribunal de Justiça é compartilhado pelo Supremo Tribunal Federal, e tem por fundamento a impossibilidade lógica de se exigir o prequestionamento anterior ao ingresso do terceiro no processo:

¹³ RE 505.369-5 BA, Relator: Min. Menezes Direito, 1 Turma, DJ 21.11.2008.

¹⁴ Resp 676.159/MT, Rel. Maria Thereza de Assis Moura, 6 Turma, DJe 17.03.2008.

“Mandado de segurança. Litisconsórcio passivo necessário. Impossibilidade de prequestionamento, uma vez que os recorrentes só ingressaram nos autos depois de prolatado o acórdão, e o fizeram para insurgir-se contra a ausência de sua citação como litisconsortes necessários. Ocorrência, no caso, de litisconsórcio passivo necessário. Recursos extraordinários, conhecidos e providos em parte.”¹⁵

Essa é uma das raras hipóteses em que os tribunais superiores admitem a relativização da rigidez do prequestionamento, que mesmo diante de situações excepcionais, não costuma ser prescindido.

VÍCIOS EMBARGADOS, OU PREQUESTIONAMENTO VICIADO?

Como dito anteriormente, a falta de uniformidade doutrinária sobre o conceito e a configuração do prequestionamento geram uma inquestionável insegurança em todos aqueles que precisam fazer uso de recursos excepcionais.

Dessa forma, o que se verifica atualmente é o milagre da multiplicação dos embargos prequestionadores.

A diversidade de entendimentos quanto ao prequestionamento e a sua configuração na forma explícita, implícita, numérica, ou ficta, vêm gerando a oposição reiterada de embargos de declaração com o objetivo de se adequar às diversas correntes existentes sobre o tema, visando evitar a “surpresa recorrente” de ter o seu recurso inadmitido por ausência de prequestionamento, confirmando a clara tendência de se restringir o acesso aos tribunais superiores.

Nesse contexto, não se pode duvidar de que o uso que vem sendo feito dos embargos de declaração é deturpado.

O uso descontrolado e irracional dos embargos de declaração além de comprometer a celeridade da prestação jurisdicional, ou a negativa da mesma, sob o argumento de que o referido recurso deveria ter sido apresentado oportunamente, para sanar os vícios do acórdão, vem gerando a banalização do recurso.

Como dito anteriormente, o Superior Tribunal de Justiça exige que a matéria tenha sido decidida de forma clara pelo Tribunal *a quo*, para que se configure o prequestionamento, viabilizando, então, o recurso especial.

No entanto, deve-se notar que, não raro os tribunais sejam reiteradamente provocados, não se manifestam sobre determinadas questões, sob o argumento de que não são obrigados a se pronunciar sobre todas as questões postas no processo.

¹⁵ RE 91.405/RJ, Rel. Ministro Moreira Alves, 2 Turma

Nesse contexto, não resta às partes outra alternativa a não ser a oposição reiterada de embargos de declaração.

O entendimento que vem se solidificando na jurisprudência daquele tribunal é de que, inobstante a oposição de embargos, permanecendo omissa a matéria, deve ser interposto recurso especial sob fundamento exclusivo de violação ao artigo 535, II, do CPC.

Deve-se notar que a orientação é no sentido de que o recurso especial seja interposto apenas sob tal fundamento, não se devendo persistir na alegação de violação aos demais dispositivos.

Nessas hipóteses, havendo reconhecimento de que de fato o tribunal *a quo* deveria ter se manifestado sobre determinada matéria e não o fez, o acórdão deverá ser anulado, e proferido novo acórdão, abrangendo a matéria omissa.

A prática não tem legitimado tal entendimento!

O que se vê, em verdade, é a interposição de recursos especiais sustentando além das razões naturais do recurso, a violação ao artigo 535, II, do CPC.

Deve-se notar que para que o STJ reconheça como prequestionada a matéria, não basta a oposição de embargos e a alegação de violação do respectivo artigo do Código de Processo Civil, é necessário, ainda, que ele de fato entenda ter havido omissão no acórdão recorrido, ou seja, que o artigo 535 do CPC tenha sido violado, sem o quê não conhecerá do recurso.

O Supremo Tribunal Federal diverge, sustentando que basta a oposição de embargos de declaração para que se configure o prequestionamento, independentemente do seu provimento.

CONCLUSÃO

Lamentavelmente, o que se constata após um breve estudo do tema é que o prequestionamento vem sendo utilizado, tanto quanto outros artifícios, para dificultar, quando não, impedir o acesso aos tribunais superiores dos inúmeros recursos que emperram o regular funcionamento do Judiciário.

Ainda que jamais se admita e, que relute em aceitar, o meu sentimento pessoal é de que havendo interesse em se debater o mérito da causa, muitas vezes tal requisito tão rigoroso é flexibilizado em detrimento da segurança jurídica.

Eis a caixa-preta do Judiciário, travestida de prequestionamento!

REFERÊNCIAS

Aragão, E. D. Moniz de. Pré-questionamento – Revista Forense, Rio de Janeiro, vol 328, out/dez 1994.

Bueno, Cássio Scarpinella. Quem tem medo do prequestionamento?. texto extraído do Jus Navigandi – <http://jus2.UOL.com.BR/doutrina/texto.asp?id=3024>

Carneiro, Athos Gusmão – Recurso Especial, agravos e agravo interno – 5ª edição. Rio de Janeiro. Editora Forense, 2008.

Graziano, Analucia. Quais as repercussões da divergência jurisprudencial quanto à classificação dos graus de prequestionamento – ficto, implícito ou explícito – nos embargos de declaração para fins de interposição de recursos extraordinários? – Revista de Processo vol. 154, São Paulo, dez 2007.

Melo, Andréa Cherem Fabrício de. O prequestionamento e as matérias de ordem pública nos recursos extraordinário e especial” – Revista de Processo, São Paulo, vol. 132, fev 2006.

Negrão, Theotonio. Código de Processo Civil e legislação processual em vigor. 39ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007.

Olivera, Pedro Miranda de. Ainda sobre o prequestionamento, os embargos de declaração e a súmula 211 do STJ – Revista Dialética de Direito Processual, São Paulo, ago 2008.

Pinto, Nelson Luiz. Recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça – teoria geral e admissibilidade. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1996

Pires, Roberto Carlos Martins. O prequestionamento nos recursos especial e extraordinário: considerações e análise crítica – Revista de Processo, São Paulo, vol. 144, fev2007.

Souza, Roberto Carvalho de – Recurso Especial – 1ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1995.

DISTRIBUIÇÃO DE COMPETÊNCIAS NO PROCESSO EXECUTIVO PORTUGUÊS REFORMADO

LEONARDO FARIA SCHENK

Doutorando e mestre em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor convidado de Direito Processual Civil da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ). Advogado.

RESUMO

O estudo avalia as recentes reformas do processo executivo português, marcadas pela distribuição das competências entre os magistrados e os agentes de execução, e dá notícia das dificuldades enfrentadas na busca de uma execução simples e eficaz.

PALAVRAS-CHAVE

Processo de Execução; Reforma; Desjudicialização; Distribuição de competências; Agentes de Execução.

SUMÁRIO

1. Introdução; 2. Os agentes de execução; 3. A distribuição das competências; 4. Problemas reais da reforma executiva; 5. Medidas anunciadas para desbloquear a execução; 6. A insatisfação com os resultados; 7. Novos ajustes; 8. Brevíssima avaliação da nova reforma; 9. Conclusão; Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

O sistema executivo português vem sendo alterado com regularidade em busca de melhores resultados.

Em 1985, por exemplo, por via do Decreto-Lei n.º 242, de 9 de setembro, passos significativos foram dados para facilitar o acesso à tutela executiva. Na oportunidade, dentre outras medidas, ao exequente foi reconhecido o direito de nomear bens à penhora no requerimento inicial quando a execução se apoiasse em condenação transitada em julgado há menos de um ano, antecipando-se a efetivação da constrição patrimonial, seguida pela notificação do devedor e eventual resistência. Também o reconhecimento de firma do devedor foi dispensado em alguns títulos executivos.¹

¹ GOMES, Manuel Tomé Soares. Benefícios e desvantagens da alteração do paradigma da acção executiva. In: Balanço da Reforma da acção executiva (encontro anual de 2004). Coimbra Editora, 2005, p.39-40.

Mais tarde, em 1993, o Decreto-Lei n.º 404, de 10 de dezembro, criou o procedimento de injunção, destinado a possibilitar uma forma célere e simplificada de obtenção do título executivo nas obrigações pecuniárias de pequeno valor.

O ciclo de revisão do Código de Processo Civil português, levado a efeito pelos Decretos-Leis n.º 329-A, de 12 de dezembro de 1995, n.º 180, de 25 de setembro de 1996, não deixou de fora a execução.

LEBRE DE FREITAS, ao arrolar as principais inovações desse período, destacou a melhoria nos sistemas de realização dos direitos dos credores; o alargamento do rol dos títulos executivos; a imposição de dever ao judiciário de cooperar para a descoberta dos bens do executado; a supressão da moratória forçada; a racionalização dos sistemas de oposição à penhora; a dispensa de alguns atos de comunicação processual e a agilização dos procedimentos de venda. Foram ainda aclaradas algumas ambiguidades da disciplina processual e fortalecida a posição do terceiro interessado.²

Na oportunidade, também a simplificação do procedimento foi buscada, com a previsão do rito sumário para as execuções fundadas em sentenças líquidas ou sujeitas à apuração do valor da condenação por mero cálculo. Para todas as demais permanecia o procedimento ordinário. A adoção do procedimento sumário assegurava o direito de o exequente nomear bens à penhora logo na petição inicial da execução, seguindo-se a efetivação da constrição patrimonial e a notificação do devedor, cabendo ao executado impugnar, querendo, tanto a penhora quanto a própria execução em um único momento.³

Não ficou por aí. Em 1997, o Decreto-Lei n.º 274, de 8 de setembro, novamente cuidou da estrutura dos procedimentos executivos, estabelecendo um rito sumário de execução simplificado e outro, denominado sumaríssimo especial, para a cobrança das dívidas de pequeno valor.

Constatado o aumento da litigiosidade nas últimas décadas e o conseqüente crescimento do número de causas pendentes de julgamento e de efetivação do resultado,⁴ Portugal alterou profundamente o seu sistema executivo em 2003, por meio do Decreto-Lei n.º 38, de 8 de março.

Para LEBRE DE FREITAS, duas foram as principais linhas orientadoras dessa reforma: “a preocupação de proporcionar a maior eficiência e a preocupação de garantir a salvaguarda dos direitos dos cidadãos.”⁵

² LEBRE DE FREITAS, José. *La riforma del diritto portoghese dell'esecuzione*, In: *Rivista di Diritto Processuale*, CEDAM, Padova, ano LIX, 2004, p. 1101-1102.

³ GOMES. *Benefícios e desvantagens ...*, p. 40-41.

⁴ Segundo JOSÉ CARLOS RESENDE, “as estatísticas mostravam que a duração média do processo executivo para pagamento de dívidas civis e comerciais e de dívidas sobre prêmios de seguro, ultrapassava os dois anos e meio, correspondendo estas duas sub-espécies a 80% do total dos processos executivos. Cerca de 50% destes processos não tinham êxito!!!”. Mais adiante afirma: “O aumento anual de processos executivos caracterizava-se por uma progressão geométrica.” RESENDE, José Carlos. *Balanço de um novo interveniente processual*. In: *Balanço da Reforma da acção executiva* (encontro anual de 2004). Coimbra Editora, 2005, p. 60-61. Para ilustrar, em 2001 as ações executivas representavam 52,3% do volume das causas cíveis pendentes de solução. Dados disponíveis em: <http://www.portugal.gov.pt>. Acesso em 09.07.2008.

⁵ LEBRE DE FREITAS, José. *O primeiro ano de uma reforma executiva adiada*. In: *Balanço da Reforma da acção executiva* (encontro anual de 2004). Coimbra Editora, 2005, p 22.

Um dos traços marcantes da reforma de 2003 foi a tentativa de desonerar os órgãos judiciais, com uma nova distribuição de competências funcionais. Buscou-se um modelo de execução desjudicializada, com a transferência de inúmeras competências para os agentes de execução, sem quebra da reserva jurisdicional e do controle judicial.⁶ Até então, todo e qualquer ato da execução, ainda que sem natureza jurisdicional, deveria ser praticado pelas partes ou pelos órgãos jurisdicionais.⁷

Nas palavras de GOUVEIA, foi uma “reforma ambiciosa, que partiu de idéias desconhecidas” no ordenamento português, instituindo “práticas novas e arrojadas.”⁸

A mudança de paradigma imposta pela execução reformada foi antecedida por estudos sociológicos e estatísticos, os quais auxiliaram na identificação das causas de bloqueio do processo executivo⁹ e serviram de apoio para a adoção do modelo da desjudicialização e da simplificação processual, ao simples reforço da estrutura judiciária existente.

O novo modelo foi apoiado sobre dois poderes: o *jurisdicional*, atribuído ao juiz da execução, a essa altura liberto de outras tarefas; e o *de direção processual*, confiado ao agente de execução, agora com atributos de autoridade.¹⁰

O presente estudo abordará as dificuldades dessa divisão de competências na ação executiva portuguesa reformada, passando pelo esperado equilíbrio entre os seus agentes para, na parte final, revelar o atual panorama legislativo.

2. OS AGENTES DE EXECUÇÃO

Um dos pontos de maior destaque na reforma da ação executiva portuguesa, levada a efeito em 2003, foi a nova estrutura de repartição de competências entre os magistrados e os agentes de execução.

Os agentes de execução foram pensados para assegurar o andamento dos processos, em substituição aos juízes, mas sob o seu controle. São duas as categorias de agentes de execução, os *solicitadores de execução*, estruturada dentre os já existentes solicitadores, sujeitos à formação e qualificação próprias e a um estatuto disciplinar específico, e os *funcionários judiciais*, pertencentes à secretaria de execução, com competência para atuar nas regiões em que não haja solicitadores de execução e em outros casos específicos.

⁶ LEBRE DE FREITAS. *O primeiro ano...*, p. 21.

⁷ COSTA E SILVA, Paula. *A reforma da acção executiva*. 3ª ed. Coimbra Editora, 2003, p. 13.

⁸ GOUVEIA, Mariana França. *A reforma da ação executiva – ponto da situação*. In: *Balço da Reforma da acção executiva* (encontro anual de 2004). Coimbra Editora, 2005, p. 49.

⁹ Fatores que potencializaram a crise do sistema executivo: o crescente endividamento das famílias e das empresas, notadamente em razão ao crédito facilitado ao consumo privado; o generoso alargamento do rol dos títulos executivos, fazendo com que os conflitos se deslocassem das ações de conhecimento para os embargos à execução, sem significar a redução dos mesmos; a falta de apoio logístico, evidenciado pelas carências do serviço de efetivação das penhoras e da informatização das bases de dados e dos registros; seguidos de algumas disfunções na aplicação da lei e da falta de um maior rigor na responsabilização dos depositários, peritos avaliadores e encarregados de venda; a ineficiência do regime dos executivos fiscais e a falta de formação técnica dos funcionários judiciais, fator decisivo para a manutenção do juiz a frente dos atos processuais. GOMES. *Benefícios e desvantagens ...*, p. 41-42.

¹⁰ LEBRE DE FREITAS. *O primeiro ano...*, p. 22.

Ao agente de execução passou a competir a realização de todas as diligências do processo de execução, nos termos do art. 808 do Código de Processo Civil português e demais disposições, segundo leciona COSTA E SILVA.¹¹ Incluem-se, dentre elas, a realização das citações, notificações, publicações, atos de penhora, venda e pagamento, exercidas sob o controle do juiz da execução.

A escolha do agente de execução foi assegurada ao exequente no próprio requerimento executivo, dentre os inscritos na própria comarca ou em comarca limítrofe ou, ainda, na falta, dentre aqueles inscritos em outra comarca do mesmo círculo judicial.¹² Na outra ponta, a destituição do agente de execução era inicialmente ato reservado ao órgão judicial, e poderia ocorrer de ofício ou mediante provocação do exequente sempre que se apurasse atuação processual dolosa ou negligente ou mesmo a violação grave dos deveres estatutários.

Um dos objetivos claros da reforma – o de restringir ao máximo as atuações primárias dos magistrados na ação executiva – encontrou, assim, forte apoio nessa nova distribuição de competências. Apenas quando impossível negar a natureza jurisdicional do ato a ser praticado é que se exigiria a intervenção judicial. Nos demais casos, a aproximação e o contato direto dos magistrados com a execução seriam evitados a todo custo.¹³

Esse modelo, fincado na distribuição da execução entre dois poderes, o jurisdicional e o de direção do processo, não era adotado em Portugal antes da reforma de 2003. Sua previsão impôs verdadeira mudança de paradigma. O legislador português optou pelo agente de execução depois de observar, na Europa, a existência de quatro modelos executivos.

Como descreve RESENDE, um deles se assenta na figura do “huissier de justice”, profissional liberal que exerce a função de agente de execução sob a vigilância disciplinar de uma associação pública e submetido ao controle dos magistrados. Com origem na França, a estrutura foi adotada pela Holanda, Bélgica e Luxemburgo, expandindo-se para os países do Leste Europeu.¹⁴

O segundo pertence aos países nórdicos, segundo o qual a cobrança de dívidas se faz por meio de uma estrutura administrativa, sem qualquer dependência do aparelho judicial. Fruto de uma mentalidade social substancialmente diversa, grande parte das dívidas são cobradas por simples envio de uma correspondência, esse modelo executivo conta, ainda, com amplo acesso aos dados dos devedores, inexistindo qualquer forma de sigilo.

O terceiro modelo adota o sistema fruto da Common Law, com a criminalização frequente do não pagamento das dívidas. Nesse modelo, embora guarde alguma semelhança com o “huissier de justice”, os agentes de execução nem sempre são profissionais liberais, mas contam com uma estrutura de associações.

O quarto revela soluções mistas, em reformulação em alguns países.

Feita a escolha pelos agentes de execução, uma indagação se impôs: por que entregar tal mister aos conhecidos solicitadores? Era preciso entender porque o legislador português confiou a

¹¹ COSTA E SILVA. *A reforma...*, p. 37-38.

¹² COSTA E SILVA. *A reforma...*, p. 38.

¹³ Audiências e intervenções liminares foram suprimidas, conforme lição de PAULA COSTA E SILVA. In: *A reforma...*, p.14.

¹⁴ RESENDE. *Balanço...*, p. 60-61.

essa categoria profissional novas e importantes competências no processo executivo. A escolha, pelo que se viu, atendeu ao aspecto prático.

Informa RESENDE, no particular, que os solicitadores são uma classe antiga, referida nas Ordenações Afonsinas e regulamentada nas Ordenações Filipinas, constituída em associação pública há mais de sete décadas. Com larga experiência e tradição na área jurídica, notadamente em questões patrimoniais, de direito de família e comercial, dentre outras, suas atribuições profissionais se assemelhavam com as dos agentes de execução de outros sistemas.¹⁵ Não menos importante na escolha do legislador português foram as vantagens de os solicitadores já estarem profissionalmente organizados, sujeitos a regras disciplinares próprias. Além disso, a categoria alcançava razoável extensão geográfica e sempre aceitou bem as incompatibilidades com o mandato.

Para os solicitadores, por outro lado, pesou a consciência de que a profissão estava em profunda crise. Contribuíram para esse cenário a privatização dos serviços de notas e a ampliação da utilização da mão-de-obra dos estagiários para os serviços complementares dos escritórios de advocacia.

Assim, tanto para o legislador, quanto para os solicitadores, a reforma unia o útil (aproveitar a estrutura já existente) ao agradável (oferecer novas oportunidades de trabalho à categoria). Ocorre que a escolha, fiada apenas no aspecto prático, logo revelou suas deficiências.

3. A DISTRIBUIÇÃO DAS COMPETÊNCIAS

A reforma da ação executiva portuguesa em 2003, além de expressar um avanço moderado rumo a desjudicialização do processo de execução ao distribuir a competência entre os novos atores da cena processual, teria realizado verdadeira tipificação das intervenções judiciais, gerando, assim, inúmeras dificuldades de interpretação e aplicação.

No particular, leciona REGO que a atuação dos magistrados no processo executivo, desde então, ficou dividida em quatro grupos de atividades, conforme a então redação do art. 809, do Código de Processo Civil português.¹⁶

No primeiro deles encontravam-se as atividades que revelavam o exercício das funções materialmente judiciais na execução. Os exemplos são a prolação do despacho liminar, sempre que exigido; o julgamento das oposições à execução e à penhora; a verificação e gradação dos créditos; a decisão da liquidação que não dependa de simples cálculo aritmético, sem olvidar a decisão sobre as matérias que envolvem a dispensa de sigilo ou confidencialidade, conexas com a reserva da vida privada do executado ou mesmo que impliquem violação ou redução do direito à inviolabilidade do domicílio.

No segundo, foram identificadas intervenções pontuais, previstas em disposições avulsas da legislação, para as quais o legislador reservou, pela relevância da matéria, a decisão ao órgão

¹⁵ RESENDE. *Balanço...*, p. 61.

¹⁶ REGO, Carlos Lopes. Resultados da nova repartição de competências entre juiz, solicitador de execução e secretaria. In: *Balanço da Reforma da ação executiva* (encontro anual de 2004). Coimbra Editora, 2005, p. 32-34.

jurisdicional, a exemplo da intervenção e do controle do procedimento de alienação de imóveis por carta fechada.¹⁷

O terceiro segmento dizia respeito à resolução das reclamações dirigidas aos agentes de execução, bem como das questões suscitadas por eles, pelas partes ou terceiros interessados. Assim, aos juízes foi assegurada a última palavra sobre qualquer matéria inicialmente apreciada pelo agente executivo.

Cabia ainda aos juízes o exercício de um poder geral de controle sobre os atos do processo executivo, sendo-lhes permitido fiscalizar a atuação de todos os seus agentes e determinar, sempre que necessário, a correção dos rumos.

No que diz respeito ao exercício do controle, observada a linha orientadora da reforma, voltada a desafogar os magistrados do fardo representado pelas atividades meramente burocráticas da execução, parte da doutrina o considerava supletivo, a depender da provocação dos interessados, cabendo aos magistrados agir, independentemente de provocação, sempre que chegassem ao seu conhecimento atos graves, violadores dos direitos fundamentais, dos fins do processo executivo e atentatórios à própria Administração da Justiça.¹⁸

Essa divisão legal das competências colocou desde logo os intérpretes da reforma diante de um problema: não prevista pela lei a competência para a prática de determinado ato executivo, caberia a sua realização ao magistrado ou ao agente executivo, sobre o controle daquele?

A resposta, para REGO, decorre da própria escolha feita pelo legislador. Observados os sistemas de tipificação das intervenções dos juízes e de atribuição de competência aos agentes executivos para a realização de todas as diligências do processo, sob o controle dos magistrados, pode-se entender que “pertencerão ao agente executivo quaisquer competências que não estejam expressa ou especificamente reservadas ao juiz, independentemente de um juízo do intérprete e aplicador da lei acerca da relevância processual e para os interesses das partes – salvo naturalmente se o acto se dever qualificar como integrado na reserva da função jurisdicional.”¹⁹

Assim, o sucesso da reforma exigia, para LEBRE DE FREITAS, “a disponibilidade de juízes inteiramente dedicados à execução, a fácil comunicação entre eles e os agentes de execução e a supressão prática das barreiras burocráticas em juízos de execução tecnologicamente apetrechados e inteligentemente eficientes”.²⁰

¹⁷ Segundo LEBRE DE FREITAS, “são modalidades de venda: a venda mediante propostas por carta fechada; a venda em bolsas de capitais ou mercadorias; a venda directa a pessoas ou entidades que tenham direito a adquirir os bens penhorados; a venda por negociação particular; a venda em estabelecimento de leilões; e venda em depósito público (art. 886-1).” In: *A acção executiva. Depois da Reforma*. 4ª ed. Coimbra Editora, 2004, p. 327-328. O agente de execução passou a ter papel fundamental na venda executiva, a ele cabendo, em alguns casos, a própria alienação por negociação particular. Serão presididas pelo juiz da execução, contudo, a venda mediante propostas por carta fechada de imóveis ou quando se tratar de estabelecimento comercial. Nos demais casos, em regra, faz-se a alienação sem a intervenção judicial.

¹⁸ REGO. *Resultados da nova repartição...*, p. 35.

¹⁹ REGO. *Resultados da nova repartição...*, p. 34. Para LEBRE DE FREITAS, aos juízos da execução caberia o exercício do controle prévio, quando exigido pela lei, e também o controle específico realizado após a prática do ato pelo agente de execução, sem olvidar o controle geral do processo, que, por sua natureza e característica, deveria ser exercido de ofício e sempre que o magistrado julgasse conveniente. In: *O primeiro ano...*, p. 23.

²⁰ LEBRE DE FREITAS. *O primeiro ano...*, p. 23.

4. PROBLEMAS REAIS DA REFORMA EXECUTIVA

Contudo, ainda segundo LEBRE DE FREITAS, a reforma realizada em 2003 entrou em vigor sem que o terreno estivesse inteiramente preparado.²¹ O sucesso da reforma estava intimamente ligado à existência e ao bom funcionamento dos juízos privativos de execução, em harmonia com a novel figura do agente executivo e, em especial, com a do solicitador de execução.

A demora na instalação dos juízos específicos de execução²² fez com que os magistrados se mantivessem preocupados com a instrução e julgamento dos processos de conhecimento, relegando a execução à posição menos importante.²³

Além disso, alguns magistrados viam o solicitador de execução como um verdadeiro intruso, do qual o melhor era manter distância. Os magistrados acolheram a idéia de transferir parte da carga de trabalho que lhes acometiam para os solicitadores de execução, mas não lidaram bem com a contrapartida de ter um profissional liberal gerindo os processos.

Alguns fatores já mencionados, somados à falta de preparo dos solicitadores e dos oficiais de justiça para o ofício de agentes de execução, contribuíram para a ruptura do necessário equilíbrio entre os juízes e os agentes executivos, ponto central da reforma.²⁴

Não raro o solicitador de execução era hostilizado pelos demais atores do processo executivo. Situado a meio caminho entre o profissional liberal e o funcionário da justiça,²⁵ os solicitadores atraíram uma desconfiança generalizada.

Os advogados estavam acostumados a manter as atividades dos solicitadores sob o controle da advocacia. Com a reforma, não só os solicitadores como também os processos executivos escaparam desse controle.²⁶

Também os oficiais de justiça, que deveriam funcionar como elo de comunicação entre os demais agentes da execução reformada, não conseguiram assimilar bem as novidades.

Afirma COSTA E SILVA que não se sabe se o legislador pensou que resolveria o problema do relacionamento entre os solicitadores e os juízes da execução na origem se a reforma entrasse em vigor antes da instituição dos juízos privativos de execução.²⁷ O que se viu, por outro lado, foi a criação de inúmeras dificuldades práticas.

Outro ponto crítico para o sucesso da reforma foi a sua entrada em vigor sem que houvesse número suficiente de solicitadores de execução para gerir os processos executivos, exercendo as competências que a lei reformadora lhes confiou.

Segundo informações de GOUVEIA, em meados do ano de 2005 estavam habilitados a exercer a profissão de solicitador de execução aproximadamente 800 solicitadores, conforme dados

²¹ LEBRE DE FREITAS. *O primeiro ano...*, p. 21.

²² Apenas um ano após o início da vigência da reforma foram criados os juízos de execução no Porto e em Lisboa.

²³ LEBRE DE FREITAS. *O primeiro ano...*, p. 23-24.

²⁴ LEBRE DE FREITAS. *O primeiro ano...*, p. 24.

²⁵ REGO. *Resultados da nova repartição...*, p. 29.

²⁶ GOUVEIA. *A reforma...*, p. 55.

²⁷ COSTA E SILVA. *A reforma...*, p. 39.

da Câmara dos Solicitadores. Destes, à época, apenas 550 estavam inscritos em várias comarcas, o que significava em uma média de 300 processos por solicitador.²⁸

O legislador pensou ter oferecido solução para a falta de solicitadores, segundo LEBRE DE FREITAS, ao acometer suas competências aos oficiais de justiça, aos quais caberia exercer a função de agente de execução não só quando não exista solicitador de execução inscrito na localidade, como também quando se verificar qualquer outra causa de impedimento.

Não foi o que se viu. Os oficiais de justiça não assumiram, desde logo, essas novas atribuições, fazendo com que o número excessivo de processos distribuído a cada solicitador de execução se tornasse fonte de ineficiência do novo modelo executivo.²⁹

Também o controle disciplinar das atividades dos solicitadores causou dúvidas. Embora praticasse atos sujeitos ao controle do magistrado, que também exercia o poder geral de controle do processo executivo, decidindo, inclusive, as reclamações levadas ao seu conhecimento contra o agente de execução, podendo até mesmo destituí-lo, não se pode perder de vista, como leciona COSTA E SILVA, que o “agente da execução não se encontra em relação hierárquica com o juiz.”³⁰ Com apoio nessa premissa a autora questionou, e não antecipou a resposta, se o magistrado, no exercício desse poder de controle, poderia exercer o poder disciplinar por violação dos deveres estatutários ou se essa competência seria exclusiva da Câmara dos Solicitadores.

Em paralelo, havia, ainda, o problema da responsabilidade do Estado por atos praticados pelos agentes de execução. Em se tratando de profissional liberal que passou, pela reforma, a exercer poderes no processo de execução, os danos causados às partes em razão desse exercício poderiam ser atribuídos ao Estado, mesmo inexistindo qualquer vínculo entre eles. De outro lado, foram levantadas dúvidas se essa responsabilidade seria exclusiva do solicitador.³¹

O sistema de remuneração dos solicitadores também era fonte de incertezas. A previsão de uma parte fixa, dependendo do valor da execução e do tipo de ato praticado, e outra variável constituiria verdadeira remuneração por prêmio de produtividade, com os riscos inerentes ao próprio fator de estímulo, uma vez que quanto maior o vulto da execução, mais dedicação atrairia, relegando as execuções de pequeno valor a um ritmo lento.³²

Não foi tudo. Com o início das atividades dos solicitadores foram identificadas necessidades de aprimoramento em diversos pontos. Era preciso agilizar, por exemplo, o acesso aos dados de identificação do executado e dos seus bens.³³ O legislador claramente preferiu entregar ao solicitador de execução a tarefa de levantar os dados e os bens do executado, desonerando, desse modo, o exequente e o seu mandatário. Ocorre que ao solicitador não foi garantido pela reforma inicial acesso especial a qualquer base de dados, pública ou particular, circunstância que equiparava o seu requerimento aos requerimentos feitos por qualquer particular.

²⁸ GOUVEIA. *A reforma...*, p. 52-53.

²⁹ LEBRE DE FREITAS. *O primeiro ano...*, p. 24.

³⁰ COSTA E SILVA. *A reforma...*, p. 39-40. Cf., no mesmo sentido: REGO. *Resultados da nova repartição...*, p. 35.

³¹ COSTA E SILVA. *A reforma...*, p. 40.

³² Instituído pela Portaria n.º 708/2003, segundo informações de COSTA E SILVA. *A reforma...*, p. 14-15.

³³ GOUVEIA. *A reforma...*, p. 53-54.

Essa situação prejudicava não apenas o exequente, primeiro interessado no sucesso da execução, mas também e de forma direta os solicitadores de execução, uma vez que eles ficavam obrigados a um número excessivo de diligências, todas cercadas por entraves burocráticos. Em último passo, a própria justiça ficava prejudicada. A lentidão gerada pelos processos que aguardavam as diligências nas prateleiras comprometia o sucesso da reforma.

5. MEDIDAS ANUNCIADAS PARA DESBLOQUEAR A EXECUÇÃO

Conhecedor dessas dificuldades, o Ministério da Justiça português lançou em meados de 2005 um pacote com dezessete medidas para desbloquear a reforma da ação executiva.³⁴

Especificamente sobre os agentes de execução, buscou-se acelerar a ação executiva com a previsão de novos recursos e sistemas informatizados, os quais, em funcionamento, permitiriam identificar e impedir, no momento inaugural do procedimento, a nomeação de um solicitador de execução com atividade suspensa ou interrompida. Essa ferramenta eliminaria a demora decorrente da substituição do solicitador, necessária nesses casos, sempre precedida de atos da secretaria, como a expedição de notificações.

Para atacar o problema da ausência de acesso especial dos solicitadores aos bancos de dados (fonte de reclamações), foram previstas a assinatura de protocolos e novos sistemas que permitiriam acesso eletrônico imediato dos solicitadores aos registros de identidade civil, de pessoas jurídicas, de veículos, bem como aos registros comerciais e prediais, dispensando-os das diligências, por pedido escrito e resposta sempre demorada, para a obtenção das informações pessoais essenciais para a realização das citações e penhoras.

Também a formação dos solicitadores e demais agentes do processo executivo atraiu a atenção do Ministério da Justiça português, que se dispôs a fornecer as condições logísticas para cursos de aperfeiçoamento em parceria com a Câmara dos Solicitadores.

Novos juízos de execução seriam, enfim, instalados, prevendo-se a triplicação do número de juízos específicos até o final do ano de 2005, ano do anúncio das medidas.³⁵ O problema da falta de solicitadores em certas localidades do país seria resolvido, pela via legislativa, com a possibilidade de o solicitador atuar em qualquer ponto do território nacional.

Além dessas medidas, percebeu-se a necessidade de se estabelecer uma rigorosa delimitação das competências dos juízos de execução, fruto do surgimento de interpretações que deram origem a inúmeros conflitos negativos de competência, com prejuízo para a celeridade processual. Também aqui a intervenção dependia das mãos do legislador.

³⁴ Relatório disponível em: <http://www.portugal.gov.pt/>. Acesso em 20.08.2008.

³⁵ Em fevereiro de 2007, segundo notícia veiculada no sítio eletrônico da Câmara dos Solicitadores, citando o Diário Económico do dia 26, apenas os juízos de execução de Oeiras, Porto, Lisboa e Guimarães haviam sido implantados. Disponível em: <http://www.solicitador.net/fichaNoticia.asp?newsID=70>. Acesso em 30.07.2009.

6. A INSATISFAÇÃO COM OS RESULTADOS

A anunciada desjudicialização da ação executiva, com a transferência de poderes dos magistrados para os agentes de execução, dependia de condições logísticas que passavam pela criação de juízos de execução, pelo fácil acesso aos bancos de dados, por um adequado sistema de comunicação eletrônica dos atos processuais e pela criação e funcionamento de depósitos públicos.

A falta dessas condições abalou as bases da reforma e a afastou dos esperados índices de melhoria do sistema executivo, a ponto de decorridos cinco anos desde a sua entrada em vigor vozes terem se levantado para afirmar o fracasso do novo modelo de ação executiva portuguesa.³⁶

Um dos principais pontos do colapso residiu no fato de os solicitadores de execução não terem conseguido atuar de forma plena e eficaz as competências que lhes foram atribuídas pelo legislador ao estabelecer o paradigma da desjudicialização.

Tem-se sustentado em Portugal que os solicitadores de execução foram vítimas de uma opção legislativa precipitada e desajustada. A experiência revelou que os solicitadores, por razões estatutárias, pelo próprio perfil da profissão ou mesmo pela insuficiência na sua preparação jurídica, não conseguiram assumir a direção dos processos executivos, atuando, quando muito, como funcionários judiciais externos na realização de diligências.³⁷

Assim, os questionamentos sobre a eficiência do novo modelo são constantes, mas o recuo não parece estar na mira do legislador português.

7. NOVOS AJUSTES

Em 21 de abril de 2008, a Assembléia da República aprovou a Lei n.º 18,³⁸ autorizando o Governo português a alterar o Código de Processo Civil, o Estatuto dos Solicitadores e o Estatuto da Ordem dos Advogados, para realizar, novamente pela via legislativa, uma série de ajustes na ação executiva. O Código de Processo Civil foi alterado pelo Decreto-Lei n.º 226/2008, de 20 de novembro, com vigência a partir de março de 2009.

Na exposição de motivos desses diplomas o Governo português afirmou que, passado um lustro desde a entrada em vigor da reforma da execução e depois de adotadas as medidas voltadas ao seu desbloqueio, era possível aperfeiçoar o modelo, tornando-o mais simples e eficaz.³⁹

O primeiro foco dessa reforma foi tornar a execução mais simples, com a eliminação de formalidades desnecessárias.

³⁶ Cf. o relatório do Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados intitulado “Posição do C.D.P. sobre o projecto legislativo de reforma da acção executiva”, disponível em <http://www.oa.pt/>. Acesso em 20.08.2008. Na opinião do Juiz Desembargador do Tribunal da Relação do Porto, Dr. Manuel Madeira Pinto, datada de 16.01.2009, “Tal reforma revelou-se um fracasso total, ao ponto de o processo executivo ter paralisado nos principais tribunais do país. São apontadas como causas essenciais, a falta de meios e operacionalidade dos solicitadores e dificuldades na instalação de sistema informático adequado.” A Reforma da Acção Executiva. Disponível em: <http://www.justicaindependente.net/posicoes/madeirapinto-reforma-accao-executiva.html>. Acesso em 30.07.2009.

³⁷ Cf. o relatório citado na última nota.

³⁸ Disponível em: <http://www.dgpj.mj.pt/DGPJ/sections/home>. Acesso em 30.07.2009.

³⁹ Exposição de Motivos disponível em: <http://app.parlamento.pt/webutils/docs>. Acesso em 30.07.2009.

No ponto, por um lado, novas restrições à participação dos magistrados foram criadas. Apenas quando haja efetivo conflito entre as partes ou o ato demande decisão de tema relevante, como o despacho liminar, a apreciação da oposição aos embargos ou à penhora, é que se exigirá a participação do juiz. Com isso, foram eliminadas atribuições dos magistrados ou das serventias, em atos que envolvem uma constante troca de informações burocráticas entre o mandatário (advogado), o tribunal e o agente de execução, com prejuízo para a efetividade da ação executiva.

Por outro, como visto ao longo deste estudo, houve um reforço do papel dos agentes de execução (sem prejuízo do controle judicial), os quais passaram, dentre outras medidas, a ter acesso direto ao próprio registro de execuções, podendo incluir e atualizar os dados nele constantes, bem como realizar diligências relativas à extinção da execução, por meio eletrônico, sem a intervenção judicial ou da secretaria.

Também o requerimento executivo pode agora ser encaminhado e recebido por meio eletrônico, assegurando-se a distribuição imediata ao agente de execução, sem a necessidade de envio posterior de cópias em papel. Admite-se, também, que na inicial ou em qualquer fase do processo, seja afirmado o interesse em executar imediatamente a sentença condenatória de quantia certa, com o que a execução terá início automaticamente após o trânsito em julgado.

O segundo grupo de medidas voltou-se a conferir maior efetividade ao processo executivo português.

Para tanto, autorizou-se que o exequente, na qualidade de principal interessado pelo controle da eficácia dos meios executivos, substitua livremente o agente de execução. Paralelamente, os deveres de informação dos agentes de execução foram reforçados, assim como o controle disciplinar, com a criação de um órgão de composição plural.

Para resolver o problema do número insuficiente de agentes de execução e para assegurar a possibilidade de uma escolha real pelo exequente, a nova lei permitiu, inaugurando fortes discussões, que as atividades de agente de execução sejam também desempenhadas pelos advogados, sem prejuízo da formação específica e adequada. Ao ampliar o rol de profissionais autorizados a atuar como agentes de execução, o legislador precisou determinar o ajuste dos regimes de incompatibilidades, impedimentos e suspeições, com o objetivo de conferir mais transparência e confiança ao sistema executivo.

Também o regime remuneratório dos agentes de execução foi mirado por essa nova etapa da reforma, para que possa promover e incentivar a profissão, em benefício de todo o sistema.

Inovou o legislador ao introduzir, ainda no segundo grupo de alterações, a possibilidade de utilização de centros de arbitragem na ação executiva, com competência para o julgamento de conflitos e a realização de atos materiais de execução, cujas decisões terão natureza jurisdicional. Da exposição de motivos constou, ainda, que a adoção desse meio alternativo de solução de conflitos buscou desafogar os tribunais e a imprimir celeridade à ação executiva, sem prejuízo das garantias das partes e da necessidade de acordo para a utilização da arbitragem.

O terceiro grupo trouxe medidas preventivas, destinadas a evitar ações judiciais desnecessárias.

Dentre elas, interessa a previsão de criação de uma lista pública disponibilizada na Internet com os dados das execuções frustradas por inexistência de bens penhoráveis, inclusive dos devedores. A intenção é desestimular o inadimplemento, por um lado, e evitar que processos judiciais inviáveis cheguem ao Judiciário, por outro.

É bem verdade que a criação de uma lista pública de maus pagadores envolve diversas dificuldades, notadamente quanto aos limites da exposição pública. Primeiro, as informações disponíveis devem ser confiáveis. Segundo, deve existir um tempo máximo de exposição. É preciso, ainda, que exista um sistema célere de reclamação. No particular, a nova lei portuguesa estabeleceu como prazo máximo de exposição cinco anos e previu reclamação expedita contra erros na lista, com prazo de dois dias úteis para resposta, sob pena de serem retiradas, desde logo, as informações, até que a decisão seja proferida.

Por fim, criou a lei uma espécie de moratória, prevendo a suspensão dos registros de execuções findas na lista pública contra executados “multi” ou “sobreendividados” que façam a adesão e cumpram plano de pagamento das dívidas a ser elaborado por entidade reconhecida pelo Ministério da Justiça.

8. BREVÍSSIMA AVALIAÇÃO DA NOVA REFORMA

Novamente a organização dos papéis desempenhados pelo juiz, pela secretaria e pelo agente de execução ocupou a mente do legislador português.

Mesmo com as críticas lançadas contra a reforma de 2003, que impôs uma execução desjudicializada, mas não viabilizou os meios materiais necessários para o sucesso da empreitada, o legislador insistiu no paradigma da desjudicialização e reforçou os poderes dos agentes de execução.

Algumas escolhas dessa nova etapa foram criticadas pela doutrina portuguesa. A reforma reservou o poder de controle do juiz aos casos expressamente previstos em lei, acabando com poder geral de controle conferido aos magistrados ao deixar a cargo do agente de execução todas as demais competências. Para LEBRE DE FREITAS, no particular, a opção pelo fim do poder geral de controle dos magistrados foi prematura, notadamente em um momento em que se alarga o rol dos agentes de execução.⁴⁰ O professor também critica um desdobramento dessa alteração no poder geral de controle. No regime da anterior, a destituição do agente de execução por justa causa era acometida ao juiz, de ofício ou a requerimento do exequente. Com o novo modelo, o exequente poderá destituir livremente o agente de execução, passando a competência para a destituição por justa causa para os órgãos disciplinares. O problema reside, para ele, em se saber a cargo de quem ficará a proteção do executado nos casos de excessos cometidos por parte dos agentes de execução.

Essa escolha do legislador acentuou a natureza privada dos serviços prestados pelo agente de execução ao exequente, mas, por outro lado, e de modo paradoxal, ampliou os poderes públicos de direção do processo executivo confiados a esses profissionais e restringiu as formas de controle.

⁴⁰ LEBRE DE FREITAS, José. Reforma da acção executiva - Parecer OA. Disponível em: <http://www.inverbis.net/advogados/reforma-acciao-executiva-parecer-oa.html>. Acesso em 30.07.2009.

LEBRE DE FREITAS indica ainda algumas soluções discutíveis adotadas pelo legislador nesse novo momento da reforma, destacando algumas insuficiências formais no projeto. Ao mesmo tempo, o autor apóia a iniciativa constante em outras partes do texto legal, sempre que voltadas à simplificação, aceleração e eficiência do sistema executivo português.⁴¹

Assim, ao que tudo indica as advertências de GOUVEIA, ao comentar a reforma de 2003, ainda não foram ouvidas:

Nenhuma reforma legislativa irá melhorar a execução da reforma da acção executiva. Pelo contrário, estou convencida que só piorará. Qualquer alteração legislativa tem custos: descrédito do legislador, desmotivação dos operadores, perdas de produtividade (tempo para “ter paciência” para aprender a nova lei, tempo para aprender a nova lei, tempo para entrar nos seus mecanismos, tempo para aplicar) e custos financeiros elevados (actualizações informáticas, nova formatação). E benefícios? Pouquíssimos – dúvidas e lacunas na lei existirão sempre (até a mais clara e bem escrita lei). Julgo, pois, que não será através da alteração do Código de Processo Civil que se resolverá um problema que seja da reforma da acção executiva.⁴²

9. CONCLUSÃO

Por tudo, pode-se afirmar que o novo modelo de execução desjudicializada em Portugal ainda não apresentou os resultados esperados. Parece certo, de qualquer modo, que não haverá recuo na opção de distribuir as competências do processo executivo entre os magistrados e os agentes de execução, na tentativa de desonerar os primeiros. Só o tempo revelará os frutos dessa experiência.

BIBLIOGRAFIA

ALEMÃO, Ivan. Reforma da execução em Portugal – desjudicialização ou privatização. In: **Evocati Revista** n. 20, Ago.2007. Disponível em: http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=139. Acesso em 08.08.2007;

COSTA E SILVA, Paula. **A reforma da acção executiva**. 3ª ed. Coimbra Editora, 2003;

GOMES, Manuel Tomé Soares. Benefícios e desvantagens da alteração do paradigma da acção executiva. In: **Balço da Reforma da acção executiva (encontro anual de 2004)**. Coimbra Editora, 2005, p.39-48;

⁴¹ LEBRE DE FREITAS. *Reforma da acção executiva - Parecer OA*.

⁴² GOUVEIA. *A reforma...*, p. 56.

GOUVEIA, Mariana França. A reforma da ação executiva – ponto da situação. In: **Balanço da Reforma da acção executiva (encontro anual de 2004)**. Coimbra Editora, 2005, p. 49-57;

LEBRE DE FREITAS, José. La riforma del diritto portoghese dell' "esecuzione", In: **Rivista di Diritto Processuale**, CEDAM, Padova, ano LIX, 2004, p. 1101-1116;

_____. O primeiro ano de uma reforma executiva adiada. In: **Balanço da Reforma da acção executiva (encontro anual de 2004)**. Coimbra Editora, 2005, p. 21-28;

_____. **A acção executiva. Depois da Reforma**. 4ª ed. Coimbra Editora, 2004;

_____. **Reforma da acção executiva - Parecer OA**. Disponível em: <http://www.inverbis.net/advogados/reforma-accao-executiva-parecer-oa.html>. Acesso em 30.07.2009;

PINTO, Manuel Madeira. **A Reforma da Acção Executiva**. Disponível em: <http://www.justicaindependente.net/posicoes/madeirapinto-reforma-accao-executiva.html>. Acesso em 30.07.2009;

REGO, Carlos Lopes. Resultados da nova repartição de competências entre juiz, solicitador de execução e secretaria. In: **Balanço da Reforma da acção executiva (encontro anual de 2004)**. Coimbra Editora, 2005, p. 29-37;

RESENDE, José Carlos. Balanço de um novo interveniente processual. In: **Balanço da Reforma da acção executiva (encontro anual de 2004)**. Coimbra Editora, 2005, p. 59-72.

ASPECTOS DA ELEIÇÃO DE FORO INTERNACIONAL

RAFAEL BARUD CASQUEIRA PIMENTA

Mestrando em Direito Processual na UERJ.

Resumo: O presente trabalho pretende analisar alguns aspectos da eleição de foro internacional, próprios do direito brasileiro. O objetivo é contrapor os argumentos favoráveis e aqueles contrários à validade e eficácia da cláusula de eleição de foro em contratos internacionais. Para esse fim, desenvolve-se o texto com a análise da competência internacional (*rectius*: jurisdição), a sua divisão e os diversos sistemas adotados no mundo. Passa-se, então, a investigar o sistema adotado pelo direito brasileiro, as hipóteses de competência internacional dos juízes brasileiros e o significado da sua divisão em *concorrente* e *exclusiva*. Ao fim, são contrapostos os argumentos mais corriqueiramente levantados pela doutrina tanto a favor quanto contra a subsistência da eleição de foro internacional no direito brasileiro, concluindo-se que, a despeito da posição ainda reticente dos tribunais, não parece mais haver hoje motivos plausíveis a repelir a sua juridicidade.

Palavras-chave: Direito Internacional; Processo Civil; Competência; Eleição de Foro.

Abstract: This paper analyzes some of the aspects related to the international jurisdiction clause, especially those regarding Brazilian law. The objective is to confront the arguments pro and against the validity and efficacy of the jurisdiction clause in international agreements. To the extent of that purpose, the text is developed with the analysis of the international competence (*rectius*: jurisdiction), its division and the various systems used over the world. Then, we investigate the system adopted by the Brazilian system, the different hypothesis of international competence of the Brazilian judges and the meaning of its division between *exclusive* and *non exclusive*. In the end, we confront the arguments most frequently used by Brazilian scholars in favor and against the possibility of choosing international jurisdiction in Brazilian law, concluding that, notwithstanding the hesitant position upheld by Brazilian Courts, it seems to exist no strong argument to defend its illegality.

Key-words: International Law; Civil Procedure; Competence; Jurisdiction Clause.

1. Justificativa 2. Competência Internacional 2.1. Competência exclusiva 2.1.1 Ações relativas a imóveis. 2.1.2 Inventário e partilha 2.2. Competência concorrente 2.2.1 O domicílio 2.2.2 O local do cumprimento da obrigação 2.2.3 Ato ou fato praticado no Brasil 3. A eleição de foro internacional 3.1. Argumentos a favor de sua subsistência no direito brasileiro 3.2. Argumentos contrários 4. Conclusões 5. Obras citadas.

1. Justificativa

Jogando luz sobre um dos temas mais recorrentes atualmente no Direito Processual, o presente trabalho pretende discutir os limites à autonomia da vontade das partes quanto à autodefinição do foro em que pretendem litigar. O tema, um desses capazes de deflagrar acalorados debates entre processualistas e internacionalistas, vem ao longo dos anos conquistando adeptos de um e de outro lado. Geralmente, adeptos apaixonados pelas posições que defendem. Essa adesão não é gratuita. Ela decorre essencialmente de um contexto mundial em que barreiras econômicas praticamente inexistem e em que relações humanas são travadas cotidianamente inobstante a distância geográfica que as separam.

Decorrencia natural da intensificacao das relacoes humanas e comerciais, o aumento de conflitos sociais abre um caleidoscopio de questoes juridicas, algumas aparentemente insolueis, outras nem tanto. Nenhuma, por€m, indiscutivel. Uma delas sem duvida € relativa € possibilidade ou n€o de as partes de um contrato internacional escolherem o foro (jurisdicao) a que submeter€o o seu conflito. E esta possibilidade (ou n€o) de escolha surge como elemento fundamental na compreens€o, e sobretudo na definicao, do modelo de direito processual internacional que se pretende construir para esse mundo sem barreiras que desponta no novo s€culo.

O trabalho limita-se a debater aspectos peculiares ao direito brasileiro, tais como a opcao do legislador pela *summa divisio* entre hipoteses de competencia concorrente e hipoteses de competencia exclusiva; quais os limites de cada uma delas e quando – e se – € lícito €s partes derog€-los ou alter€-los, de modo a fazer operar a sua pr€pria vontade no mundo jurídico.

A defesa de algumas posicoes € temperada pela advertencia quanto € complexidade do tema. Ponto de intersecao entre dois ramos do direito, a eleicao de foro internacional apoia-se, ao mesmo tempo, em principios pr€prios do direito p€blico cogente, corriqueiramente tido como repositorio hostil € autonomia da vontade, e principios de direito privado, ramo que tem na vontade humana o seu vértice axiológico¹⁻².

Além de recomendar o comedimento na defesa de algumas posicoes, essa dicotomia est€ por tr€s de outros enfrentamentos tais como se as partes podem ou n€o conferir competencia (*rectius*: jurisdicao) € autoridade judiciaria brasileira em hipoteses legalmente atípicas ou, de outro lado, se elas poderiam derogar tal jurisdicao naqueles casos em que o juiz brasileiro est€ expressamente investido de tal poder. Esses s€o, em termos gerais, os aspectos abordados a seguir.

2. Competência Internacional

A competencia internacional, ou tamb€m designada jurisdicao internacional – nomenclatura que se revela tecnicamente mais apropriada³ – caracteriza-se por ser o desdobramento do exercicio da soberania por um Estado juridicamente organizado, mediante o qual tal Estado arroga-se o poder de realizar o direito objetivo a casos concretos⁴.

Como decorrencia direta da soberania, que € a capacidade de cada Estado de se auto-organizar e de impor a sua ordem jurídica €queles que se encontram sob sua esfera de poder, a jurisdicao n€o encontra limites sen€o na pr€pria ordem jurídica do Estado. N€o prov€m desta, mas €

¹ Com um certo exagero, decorrente do rigor científcico que lhe € peculiar, Pontes de Miranda chama, por exemplo, a utilizacao do juízo arbitral de “invas€o dos quadros judiciários pela autonomia da vontade”, qualificando tal fen€meno de “internacionalista” cf. MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil* (Tomo II), Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 173.

² Em outra obra, por€m, o tratadista parece contradizer-se, ao afirmar que: “Supõe-se em cada um aptid€o biológica, social e psico-individual para alcançar fins autônomos, escolhendo os fins e, ainda, criando fins seus. A intervencao do Estado € excepcional, posto que, na elaboracao das leis, se adotem – para os indivíduos e para o Estado – regras que n€o podem ser alteradas pela vontade de cada um.” cf. MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado* (Tomo I), São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. XVII.

³ cf. TIBURCIO, Carmen. *Comentários ao Recurso Especial nº 251.438: três temas de processo internacional*. In: *Temas de direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 84.

⁴ cf. MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil* (Tomo II), Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 171.

por ela limitada. Isso significa que a lei não cria – e nem poderia criar – a jurisdição internacional de um dado Estado. Apenas lhe dá contornos, limites⁵.

A jurisdição, portanto, diferencia-se da competência, na medida em que esta é a “jurisdição repartida”, a divisão interna para que o Estado exerça, de maneira correta e racional, a jurisdição dentro de seus limites territoriais⁶ (MIRANDA, 1973, p. 172). No ordenamento brasileiro, a jurisdição é una e constitui um *poder-função*.

Jacob Dolinger nos fornece dois conceitos distintos, um de Gaetano Morelli, para quem *jurisdição* é a circunscrição dos poderes do Estado, ao passo que a competência presta-se a nada mais que indicar a autoridade judiciária responsável por julgar o caso; e outro, de Amílcar de Castro que, referindo-se a Chiovenda, infere de *jurisdição* a relação entre Estado e litigantes, e de *competência* a relação entre juízes e cortes⁷.

Vigoram, no mundo, dois grandes sistemas de delimitação da jurisdição⁸: um denominado *por inclusão* e outro, *por exclusão*. O sistema por inclusão consiste naquele em que os limites da jurisdição são determinados de forma expressa, com a enumeração das hipóteses nas quais o país exercerá o seu poder jurisdicional, como acontece por exemplo em Portugal⁹.

O sistema por exclusão, ao contrário, caracteriza-se pela omissão de norma expressa delimitadora da jurisdição. Por esse sistema, as causas de competência internacional são extraídas das hipóteses de competência interna. Desse modo, caso a demanda não seja de competência de nenhum dos juízes de seus tribunais, o Estado não terá competência internacional para aquela causa. São exemplos de Estados que adotam esse sistema a Alemanha e a Áustria (*Id. Ibid.*).

Desde diplomas anteriores, o Brasil filia-se ao sistema por *inclusão* e divide as hipóteses delimitadoras de sua jurisdição entre as concorrentes¹⁰ (art. 88, do Código de Processo Civil) e as exclusivas (art. 89 do Código de Processo Civil).

Do ponto de vista do direito positivo, a competência internacional do Brasil está atualmente definida nos artigos 88, 89 e 90, do Código de Processo Civil. Historicamente, a matéria era tratada

⁵ cf. MORELLI, Gaetano. *Derecho Procesal Civil Internacional*, 1953, p. 86: “*En efecto, las normas sobre la competencia internacional, como normas pertenecientes al ordenamiento jurídico de un determinado Estado pueden determinar y determinan los límites de la jurisdicción del Estado a cuyo ordenamiento pertenecen*”.

⁶ cf. MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil* (Tomo II), Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 172.

⁷ DOLINGER, Jacob. *A Panorama of Brazilian Law*. Miami: North-South Center, 1992, p. 351.

⁸ Há outros critérios, geralmente usados, para classificar a jurisdição, tal como ser ela contenciosa ou voluntária. Apesar das polêmicas em torno de tal divisão, ela não é aplicável à delimitação propriamente dita do poder jurisdicional.

⁹ Os artigos 65º e 65º-A do Código de Processo Civil Português estabelecem, respectivamente, os casos de competência concorrente e competência exclusiva dos tribunais lusitanos; cf. BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 240.

¹⁰ Sob críticas de Barbosa Moreira, para quem: “*não se afigura inteiramente apropriada a expressão “competência concorrente”, no que tange à Justiça estrangeira: no fundo, para o Brasil, a brasileira é que seria a única competente em princípio, ao passo que alguma outra unicamente pode vir a tornar-se competente, em virtude de ato da parte, anterior ao processo ou praticado nele.*” cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Problemas relativos a litígios internacionais*. In: Temas de Direito Processual. 5ª Série. Rio de Janeiro: Saraiva, 1994. p. 140.

no art. 12 da Lei de Introdução ao Código Civil¹¹; e nos arts. 134 a 136 do Código de Processo Civil de 1939¹².

No âmbito internacional, o principal diploma legislativo a que o Brasil encontra-se submetido é o Código Bustamante¹³ que, no Título II do Livro Quarto, “*Direito Processual Internacional*”, trata da competência (arts. 318 a 339).

Nas hipóteses de competência concorrente, não se exclui *a priori* a jurisdição de tribunais estrangeiros para conhecer da causa – o que poderão fazer, inclusive, paralelamente ao judiciário brasileiro – visto não configurar *litispêndencia* a existência de demandas idênticas em países distintos¹⁴. Na verdade, e em prestígio à boa técnica, é preciso ressaltar que o efeito da divisão entre *concorrente* e *exclusiva* nunca será o de excluir (na segunda hipótese) ou de conferir (na primeira) jurisdição a Estados estrangeiros. Mas tão somente permitir, ou não, a produção de efeitos de tal decisão no território brasileiro¹⁵.

Nos casos de competência exclusiva, é vedada a concessão de tal eficácia à eventual decisão proferida por tribunal estrangeiro. Não se trata, neste último caso, de impedir que o tribunal estrangeiro conheça da causa; trata-se, nunca é demais repetir, simplesmente – e por força das limitações impostas pelo princípio *par in parem imperium non habet* – de não emprestar a tal decisão eficácia jurídica em território brasileiro.

A seguir, serão analisados separadamente os casos de competência concorrente e os de competência exclusiva, começando por estes últimos por suscitarem menos dúvidas do que os primeiros.

2.1 Competência exclusiva.

Os dois casos de competência exclusiva são aqueles previstos no art. 89 do CPC e dividem-se em duas hipóteses: (a) de ações relativas a imóveis situados no Brasil; e (b) de inventário e partilha de bens aqui localizados, ainda que o autor da herança tenha residido no exterior.

2.1.1 As ações relativas a imóveis.

Barbi destaca que, nesse inciso, estão abrangidas tanto as ações reais quanto as ações pessoais relativas a imóveis. Assim, a autoridade judiciária brasileira seria competente tanto em casos oriundos de contratos de locação, promessa de compra e venda quanto em ações de usucapião¹⁶.

¹¹ Art. 12. É competente a autoridade judiciária brasileira, quando for o réu domiciliado no Brasil ou aqui tiver de ser cumprida a obrigação.

§1º Só à autoridade judiciária brasileira compete conhecer das ações, relativas a imóveis situados no Brasil.

¹² “Art. 134. O réu será, em regra, demandado no foro de seu domicílio, ou, na falta, no de sua residência.

§1º Quando o réu não tiver domicílio, ou residência, no Brasil, e, por outras disposições constantes deste Título, não se puder determinar a competência, a ação será proposta no foro do domicílio, ou residência, do autor. Si também o autor for domiciliado e residente em território estrangeiro, a ação poderá ser proposta perante qualquer juízo.” [redação de acordo com a ortografia da época]

(...) Art. 136. Nas ações relativas a imóvel, será competente o foro da sua situação, salvo o disposto no artigo anterior.

¹³ Convenção de Direito Internacional Privado da OEA, Havana, 1928.

¹⁴ Conforme dispõe o art. 90, do Código de Processo Civil.

¹⁵ cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Op. Cit.*, p. 156.

¹⁶ BARBI, Celso Agrícola. *Op. Cit.*, p. 243.

Em sentido contrário, Tornaghi restringe essa hipótese aos casos de ações reais (ou relativas à posse) de bens imóveis. O autor ainda vai além e afirma que, na expressão “bens imóveis” contida no dispositivo, deve-se entender apenas e tão somente o solo com a sua superfície, acessórios e adjacências naturais, espaço aéreo e o subsolo, ou que a ele for incorporado, e os direitos reais a eles relacionados¹⁷.

O autor justifica a sua opção. E dá para isso duas razões. A primeira delas é de que a *ratio essendi* da norma é evitar que a decisão proferida por uma autoridade estrangeira goze de pouca ou nenhuma eficácia quando, e se, internalizada pelo direito brasileiro. Como as decisões estrangeiras sobre bens imóveis (na acepção que lhe dá o autor) são praticamente inexecutíveis no Brasil, não restam dúvidas de que o dispositivo restringiu-se àqueles bens (solo e o que a ele for incorporado), não tratando portanto de direito à sucessão aberta e as apólices de dívida pública¹⁸.

A inexecutibilidade ou ineficácia se justificaria, pois, em primeiro lugar, as decisões judiciais estrangeiras sobre bens imóveis, para se perfazerem, deverão dialogar com o cartório competente para o registro do título; e, em segundo, porque a instrução processual ficaria prejudicada, tendo em vista a distância entre o objeto litigioso e o juiz.

Paralelamente à presumida ineficácia, a interpretação restritiva do dispositivo se justificaria também porque, sendo os bens imóveis (o solo e aquilo que a ele aderir) parte do território nacional, admitir que um Estado estrangeiro sobre ele decida significaria abrir mão de parte da soberania. (*Id. Ibid.*). O que não ocorreria, por outro lado, nos casos de ações pessoais relativas a imóveis tais como locações, comodato etc., em que não há porção de soberania envolvida.

De todo modo – e nada obstante a força dos argumentos do ilustre processualista – o argumento da literalidade da lei parece ter tido, ao menos nesse caso específico, maior poder de persuasão. Não à toa a maioria dos doutrinadores brasileiros segue o entendimento de que *ações relativas a imóveis* significa que compete exclusivamente à autoridade judiciária brasileira conhecer e julgar ações pessoais e reais relativas a imóveis¹⁹.

2.1.2 Inventário e partilha de bens situados no Brasil.

Os bens previstos por esse inciso são tanto móveis (ações, dinheiro, títulos, depósitos, veículos) quanto imóveis. Há dois aspectos a serem destacados. O primeiro é se o artigo se restringe aos casos de partilha *causa mortis* ou aquelas *inver vivos*. E outra, lançada por Barbi, se a partilha aqui citada é aquela processada judicialmente ou abrange também as processadas extrajudicialmente. O autor conclui pela inclusão de ambas as formas²⁰.

A primeira conclusão é acompanhada pela maioria da doutrina; a segunda parece ser uma excentricidade do autor. A partilha processada extrajudicialmente, enquanto negócio jurídico válido, produz efeitos independentemente de trâmite judicial. Assim, falar-se em competência exclusiva da autoridade judiciária brasileira para dela conhecer parece um contrassenso.

¹⁷ TORNAGHI, Helio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. 3. Rio de Janeiro: Forense, 1974.p. 308.

¹⁸ O autor escreveu ainda sob a vigência do Código de 1916, cujo art. 44, II, previa as apólices da dívida pública oneradas com cláusula de inalienabilidade como um bem imóvel. Esse dispositivo não foi reproduzido no novo Código.

¹⁹ cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Op. Cit.*, p. 143; cf. MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil* (Tomo II), Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 195. Além de Barbi mencionado acima.

²⁰ cf. BARBI, Celso Agrícola. *Op. Cit.*, p. 243.

Voltando ao primeiro aspecto, vale destacar que a jurisprudência, sobretudo aquela formada pelo STF, inseriu um novo critério para afirmar a competência exclusiva da autoridade judiciária brasileira: o da *litigiosidade* da partilha. Entendia a Corte, no que vem sendo acompanhada pelo STJ, que se a partilha *inter vivos* fosse consensual, ela poderia ser conhecida e julgada pela autoridade judiciária estrangeira sem que isso afetasse a sua produção de efeitos em território nacional²¹.

Assim, pode-se concluir que, na hipótese prevista pelo art. 89, II, do CPC, serão de competência exclusiva da autoridade judiciária brasileira os inventários, sejam eles consensuais ou litigiosos, ainda que o *de cuius* tenha residido no exterior, e as partilhas litigiosas *inter vivos*.

2.2 Competência concorrente.

São três os casos de competência concorrente e seguem antigos princípios gerais de direito: (i) *actor sequitur forum rei*; (ii) *actor sequitur forum exsecutionis*; (iii) *actor sequitur forum facti causans*. Em bom português, significam que a autoridade brasileira será competente quando alternativamente concorrer qualquer das hipóteses: se o réu for domiciliado aqui; se aqui tiver que ser cumprida a obrigação; ou se a ação originar-se de fato aqui ocorrido²².

Alguns aspectos merecem ser analisados com relação a essas hipóteses. O primeiro deles é que se trata de hipóteses alternativas²³. Basta que ocorra uma delas para que abra ao interessado as portas do judiciário brasileiro.

2.2.1 O domicílio.

Com relação à primeira hipótese – a do domicílio do réu – a doutrina preocupa-se sempre em afirmar que se trata de *domicílio* e não de *residência*²⁴. No entanto, e como a definição de domicílio é dada pelo Código Civil²⁵, tal distinção perde um pouco o propósito prático.

Nos termos dos arts. 70 a 75 daquele diploma, a jurisdição brasileira será atraída quando o réu, sendo pessoa natural (i) aqui residir com *animus* de permanecer; (ii) aqui for encontrado quando não tiver residência habitual ou quando estas forem diversas; ou (iii) aqui exercer sua profissão – as três definições de domicílio dadas pelo Código.

²¹ Por todos, cf. SE n.º 3408, STF, Tribunal Pleno, relator min. Rafael Mayer, 09.10.1985, cuja ementa é a seguinte: “*HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ESTRANGEIRA. SEPARAÇÃO DE CÔNJUGES. PARTILHA DE BENS. E HOMOLOGÁVEL A SENTENÇA ESTRANGEIRA QUE HOMOLOGA ACORDO DE SEPARAÇÃO E DE PARTILHA DOS BENS DO CASAL, AINDA QUE SITUADOS NO BRASIL, PORTA QUE NÃO OFENDIDO O ART. 89 DO CPC. NA CONFORMIDADE DOS PRECEDENTES DO STF (RTJ. 90/11; 109/38; 112/1006). HOMOLOGAÇÃO DEFERIDA.*”

²² Art. 88. É competente a autoridade judiciária brasileira quando:

I - o réu, qualquer que seja a sua nacionalidade, estiver domiciliado no Brasil;

II - no Brasil tiver de ser cumprida a obrigação;

III - a ação se originar de fato ocorrido ou de ato praticado no Brasil.

Parágrafo único. Para o fim do disposto no I, reputa-se domiciliada no Brasil a pessoa jurídica estrangeira que aqui tiver agência, filial ou sucursal.

²³ cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Op. Cit.*, p. 140; cf. também BARBI, Celso Agrícola. *Op. Cit.*, p. 243.

²⁴ BARBI, Celso Agrícola. *Op. Cit.*, p. 242.

²⁵ A adoção do Código Civil como norma definidora do conceito é sustentada por Gaetano Morelli: “*todo concepto jurídico utilizado en una norma de un determinado ordenamiento, si no define específicamente su significado, debe entenderse en el sentido que tiene en el ordinamiento al que pertenece la norma que lo emplea.*” cf. MORELLI, Gaetano. *Op. Cit.*, p. 98.

Nos casos de pessoas jurídicas de direito privado, quando aqui funcionar a sede de sua administração ou diretoria, ou quando assim decorrer de seus atos constitutivos²⁶.

Pontes de Miranda chega à mesma conclusão, porém por caminho diferente. Segundo o tratadista, tendo o réu domicílio incerto ou desconhecido, a ação poderá ser proposta no Brasil, se o réu for aqui encontrado ou aqui residir, por aplicação subsidiária do art. 94, §2º, *primeira parte*²⁷²⁸.

No âmbito da hermenêutica jurídica, a conclusão correta não justifica a premissa equivocada²⁹. A proposição de Pontes de Miranda traz à discussão outra questão. A de ser possível a aplicação subsidiária das normas de competência interna (como, por exemplo, o art. 94 do CPC) às hipóteses de competência internacional.

A questão é polêmica por algumas razões. A primeira delas está no corpo do próprio artigo 94 que assim diz: “*Sendo incerto ou desconhecido o domicílio do réu, ele será demandado onde for encontrado ou no foro do domicílio do autor*” Ora, na verdade são duas as possibilidades: demandá-lo no Brasil caso ele seja aqui encontrado; ou demandá-lo no foro do domicílio do autor.

Pergunta-se: é possível que a lei brasileira atribua à jurisdição estrangeira (a do domicílio do autor) competência para julgar determinado caso por força de sua lei processual interna?

Ainda como exemplo dessa situação, o art. 100, I, do CPC, dispõe que as ações de separação, conversão em divórcio e anulação de casamento deverão ser propostas no foro de residência da mulher. E se a mulher residir no exterior e o marido, no Brasil, aplica-se subsidiariamente essa hipótese como critério para a delimitação da jurisdição brasileira?³⁰

²⁶ O parágrafo único do art. 88 também suscita discussão ao estabelecer que “*considera-se domiciliada no Brasil a pessoa jurídica estrangeira que aqui tiver agência, filial ou sucursal*”. Barbi entende que, nesses casos, somente será competente o judiciário brasileiro quando o ato ou fato ou relação jurídica em que se fundar a causa houver sido praticado ou travada por tais agências, filiais ou sucursais. Segundo o autor, não se concebe a atração da jurisdição nacional por atos praticados por sociedades estrangeiras somente pelo fato de estas manterem agência, filial ou sucursal no Brasil, sem que estas se relacionem minimamente com a *causa petendi*. Na mesma linha, Pontes de Miranda vai mais além e critica o dispositivo por entender que este confunde os conceitos de filial (sociedade independente da sociedade central), sucursal (estabelecimento filho) e agência, que pode vir a ser modalidade de representação. Afirma o tratadista: “*Agência*”, no sentido do art. 88, parágrafo único, é a agência de negócios, outro instituto, ou representante da empresa, uma vez que opera com poderes de apresentação (o que é raro) ou representação (...). É preciso que não se confunda a filialidade e a sucursalidade. Filial é estabelecimento-filho, portanto independente; sucursal é estabelecimento ligado, talvez embrião de filial futura, porém de qualquer maneira, atualmente aderido. O patrimônio é único, única, a empresa; apenas, em vez de pôr os empregados a vender nas ruas, ou casas, ou em viagens, localiza-os alhures” cf. MIRANDA, Pontes de Miranda. *Comentários ao Código de Processo Civil* (Tomo II), Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 192 e 194.

²⁷ “Art. 94. A ação fundada em direito pessoal e a ação fundada em direito real sobre bens móveis serão propostas, em regra, no foro do domicílio do réu

§1º Tendo mais de um domicílio, o réu será demandado no foro de qualquer deles.

§2º *Sendo incerto ou desconhecido o domicílio do réu, ele será demandado onde for encontrado* ou no foro do domicílio do autor.”

²⁸ cf. MIRANDA, Pontes de. *Op Cit.*, p. 193.

²⁹ cf. PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.p. 217.

³⁰ Jacob Dolinger propõe outra solução, pelo menos para a questão do foro do domicílio da mulher: a de que o art. 100 do CPC não teria sido recepcionado pela Constituição Federal por malferir o princípio da igualdade entre os sexos. cf. DOLINGER, Jacob. *Op. Cit.*, p. 356.

Ainda sobre esse ponto – e talvez aqui já antecipando outra discussão – alguns³¹ rejeitam a instituição da cláusula de eleição de foro nos contratos de que a União for parte, sustentando que a Constituição Federal estabelece ser a Justiça Federal competente para processar (*rectius*: conhecer) e julgar os casos em que a União participar, como parte, réu ou terceiro³²

Entenda-se desse modo e as normas atributivas de jurisdição à autoridade judiciária brasileira não estarão mais no CPC (art. 88, 89 e 90), mas sim espalhadas em toda a Constituição Federal e nem a União, nem suas autarquias ou empresas públicas poderão litigar no exterior, apenas perante a Justiça Federal.

O contrassenso torna-se maior quando se pensa que várias soluções adotadas pelas normas de competência interna seriam absolutamente incompatíveis com a dinâmica da jurisdição internacional. É possível pensar em remeter os autos à autoridade judiciária estrangeira quando o juiz brasileiro declarar-se internacionalmente incompetente? E vários outros exemplos se seguiriam, o que – no entanto – não é o propósito aqui.

Em síntese, todos esses exemplos têm o intuito de afirmar que, em caso de domicílio incerto ou desconhecido, a solução há que ser buscada, e oxalá encontrado, na aplicação subsidiária do Código Civil e não nas normas processuais reguladoras da competência interna³³.

2.2.2 O local de cumprimento da obrigação.

A segunda hipótese de competência concorrente é aquela prevista pelo inciso II, do art. 88, que estabelece ser competente a autoridade judiciária brasileira quando aqui houver de ser cumprida a obrigação. O local de cumprimento da obrigação pode ser definido pela lei, pela própria natureza do objeto da prestação, ou pela vontade das partes.

A vontade das partes pode manifesta-se expressa ou tacitamente. Em obrigações decorrentes de atos unilaterais, o *figurante* há de fixar o lugar da prestação; em atos jurídicos bilaterais, o local se define pelo consentimento das partes proponente e aceitante. De todo modo, conforme conclui Pontes de Miranda³⁴, a vontade das partes na definição do local da prestação apenas encontra limites em leis cogentes

Qualquer que seja o local da prestação, salvo *lex specialis cogente*, podem os interessados mudá-lo, convencionalmente do que se preste noutro lugar (e.g., que a indenização por ato ilícito entregue pelo devedor, em seu domicílio), ou alterando-se o lugar que fora determinado,

³¹ cf. MIRANDA, Pontes de Miranda. *Comentários ao Código de Processo Civil* (Tomo II), Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 181.

³² Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

I- as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidente de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho.

³³ A despeito de abalizada opinião em contrário (cf. TORNAGHI, Helio. *Op. Cit.*, p. 307; cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Op. Cit.*, p. 144), esse foi o entendimento seguido pelo STF, no RE 82.545, da relatoria do ministro Moreira Alves, assim ementado: “*Competência internacional. Aplicação do art. 12 da Lei de Introdução ao Código Civil. Reconhecimento da competência da justiça estrangeira para processar e julgar ação de desquite em que o réu tem domicílio no exterior. Inexistência de negativa de vigência dos artigos 134, 1º e 142 do CPC de 1939, regras que são relativas à competência interna, e que, portanto, só podem ser aplicadas depois de estabelecida a competência de jurisdição do Brasil. Falta de demonstração de dissídio de jurisprudência. Recurso extraordinário não conhecido.*”

³⁴ cf. MIRANDA, Pontes de Miranda. *Comentários ao Código de Processo Civil* (Tomo II), Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 191.

convencionalmente, ou cuja determinação resultou de regra positiva. Para a ação decorrente de fato ocorrido, ou de ato praticado no Brasil, o art. 88, III, é cogente.

Pode-se acrescentar-se a esses limites também aquele definido pela natureza da prestação. A constituição de direito real limitado, por exemplo, é obrigação que só se cumpre mediante registro no cartório competente e não se pode convencionar cumpri-la em outro local.

Conclui-se, portanto, que o local de cumprimento da obrigação é disponível à alteração pelas partes, salvo quando a lei não disponha de outra forma e salvo quando a natureza da obrigação não lho permitir.

Na opinião de Pontes de Miranda³⁵, quando a lei define que a obrigação há de cumprir-se no domicílio de uma das partes, o domicílio é aquele do tempo da conclusão do negócio e não o do tempo do cumprimento.

2.2.3 O fato ou ato ocorrido no Brasil.

Tornaghi sintetiza esse inciso na seguinte asserção: “A causa de pedir deve ter ocorrido no Brasil. Nisso pode resumir-se o inciso III”³⁶.

Pontes de Miranda³⁷ é um pouco mais sistemático na conceituação, ao afirmar que tanto o ato e o fato previstos pelo dispositivo são aqueles dos quais pode advir alguma obrigação (responsabilidade de quem a ele deu causa). O responsável pode ser qualquer um, independentemente de nacionalidade ou domicílio. Os fatos são: os fatos jurídicos *stricto sensu*; os fatos jurídicos ilícitos (força maior da qual decorra responsabilidade); e os atos-fatos ilícitos (gestão de negócios contra a vontade presumível do dono). Os atos são: atos jurídicos *stricto sensu*; negócios jurídicos; atos jurídicos; atos-fatos jurídicos; e atos ilícitos.

Essas são em linhas gerais as principais características das hipóteses previstas pela lei para a atração da jurisdição brasileira. Passa-se a analisar, abaixo, a questão da eleição de foro propriamente dita.

3. A eleição de foro internacional

Como já visto acima, o Brasil adota um sistema de limitação da jurisdição *por inclusão*, enumerando os casos em que a autoridade judiciária brasileira deve aplicar a lei ao caso concreto. Viu-se também que, dentre aqueles casos, há aqueles denominados concorrentes e outros, absolutos. Ambos, com controvérsias, na doutrina e na jurisprudência quanto aos seus alcances, limites e exceções.

Pois bem, chega-se assim ao centro, a razão de ser desse texto: a análise da possibilidade de que aquelas hipóteses – marcos abstratos da soberania nacional, e desdobramentos do poder constituído do Estado brasileiro de aplicar aos casos que politicamente lhe convém a sua lei, em caráter definitivo – sejam alteradas pela vontade das partes.

³⁵ *Id. Ibid*, p. 189.

³⁶ *cf.* TORNAGHI, Helio. *Op. Cit.*, p. 306.

³⁷ *cf.* MIRANDA, Pontes de. *Op. Cit.*, p. 193 e 194.

Carmen Tiburcio nos dá um excelente panorama de como a questão é polêmica não só no Brasil, como em vários outros países³⁸. Os dois casos mais emblemáticos destacados pela internacionalista, no âmbito do direito comparado, são: *Losinjska Plovidba Oour Brodarstvo v. Ro. Ro. Trans. s.r.l.*, julgado pela Corte de Cassação italiana, em 15.05.1990; e o caso *Bremen v. Zapata*, julgado em 1972, pela Suprema Corte norte-americana.

No primeiro caso, uma empresa italiana, sediada na Itália, e outra iugoslava celebraram contrato marítimo e nele estipularam que o foro competente para conhecer e julgar questões oriundas do contrato era o da Iugoslávia. Ajuizada demanda em Veneza, a Corte de Cassação, onde o caso chegou tempos depois, recusou validade à cláusula de eleição de foro, pois esta era expressamente vedada pelo ordenamento processual italiano (arts. 2º e 4º do c.p.c.).

Tempos depois, porém, a legislação italiana foi alterada tanto para permitir que à Itália fosse reconhecida jurisdição, pelas partes, em casos em que ela não a tivesse; e também para permitir que, em outros, tal jurisdição lhe fosse subtraída – desde que, nesse caso, a lide versasse sobre direitos disponíveis e a escolha houvesse sido estipulada por escrito (*Id. Ibid.*).

Caso semelhante – porém com desfecho diferente – ocorreu nos EUA, em que uma empresa americana (Zapata) contratara uma alemã (UnterWeser) para realizar o transporte de uma plataforma de petróleo da Louisiana para a Itália. Pelo contrato, as partes haviam eleito o foro de Londres como competente. No golfo do México, após uma tempestade, a plataforma foi danificada, e a Zapata ingressa, na Flórida, com ação de indenização contra a UnterWeser. Peculiaridades à parte, o que vale destacar é que, após dois julgamentos – em primeira e segunda instâncias – dando como competente o foro americano, a Suprema Corte decidiu que a regra a prevalecer era a vontade das partes, salvo um fator externo que afastasse a higidez da sua manifestação na eleição do foro.

Ambos os casos, sem dúvida, são emblemáticos e refletem a falta de sistematização do tema em diversos países. Ocorre que, como ambos acabaram sendo decididos por peculiaridades – no caso italiano, pois o país tinha uma lei expressa que vedava a eleição de foro; e no caso americano, pelo exato oposto – pouco são os elementos que de ambos pode-se extrair para a edificação de um modelo interpretativo aplicável ao direito brasileiro.

Deste modo, e sem embargo das várias correntes adotadas mundo afora, tampouco do que dispõe direito convencional sobre o tema, o objetivo, aqui, é tentar extrair argumentos lógicos, do ponto de vista da dogmática jurídica, de modo a reduzir à evidência que a liberdade para escolher o foro em que se pretende litigar deve ser aberta às partes – não de modo absoluto, é claro – mas ao menos permitida naquelas hipóteses em que não haja fatos excepcionais que as impeçam de fazê-lo.

Antes, no entanto, de analisarmos tais argumentos, é preciso consignar a limitação do objeto do debate. As hipóteses tidas como de competência exclusiva, e nesse ponto tanto jurisprudência quanto doutrina são uníssonas, não permitem qualquer tipo de derrogação pela vontade das partes. Desse modo, todos os argumentos trazidos, sejam eles pró ou contra a liberdade de escolha do foro, referem-se às hipóteses de competência concorrente (art. 88 do CPC).

Abaixo, estão separados alguns desses argumentos, uns mais fortes, outros menos, mas – acredita-se – sejam os mais corriqueiros quando o tema do debate é eleição de foro.

3.1. Argumentos a favor de sua subsistência no direito brasileiro

³⁸ cf. TIBURCIO, Carmen. *Op Cit.*

Quatro são argumentos principais, e mais contundentes, na defesa da liberdade da eleição de foro internacional. São eles: (i) a não taxatividade do rol de hipóteses previstas pelo art. 88 do CPC; (ii) a própria lógica da separação das hipóteses entre concorrente e exclusiva; (iii) o fato de que ordenamento brasileiro já permitiu o afastamento da jurisdição em outros casos, como no da arbitragem – e, conforme o princípio geral de que *cui licet quod est plus licet utique quod est minus* – não haveria sentido em impedir-se a eleição de outra jurisdição; e (iv) por último, o fato de que art. 78 do Código Civil já garante às partes a faculdade de determinar o próprio domicílio.

O primeiro ponto – o da *não taxatividade* – está na base da argumentação de qualquer referência à eleição de foro internacional. E ele remonta à idéia expressada por Morelli (item 2 supra) de que, mesmo nos países que adotam o sistema por *inclusão*, a ordem jurídica não cria a jurisdição, limita-a. Assim, há de se entender que as hipóteses previstas no art. 88 do CPC são abertas. Tanto são abertas que, mediante o influxo de princípios de direito internacional (como o da não denegação de justiça e o da efetividade), novas hipóteses podem surgir³⁹.

Sendo exemplificativas, não há porque impedir que a manifestação de vontade, válida e eficaz, crie novos casos de competência concorrente da autoridade judiciária brasileira. Não há que falar-se, como argumenta Botelho de Mesquita (1988, p. 57-58) que isso implicaria alteração dos limites da soberania do Estado, ou melhor, submeteria esta à vontade das partes, o que na sua acepção seria inviável. Não se derroga nem se altera hipóteses que são abertas, preenche-se.

A não taxatividade, todavia, não parece ter força suficiente a sustentar a possibilidade de se excluir a jurisdição brasileira naqueles casos em que ela já está expressamente prevista; apenas para sustentar o acréscimo de outras quando não previstas. Para completar-se, ela precisa de argumentos de reforço.

O primeiro deles está na própria razão de ser da divisão estabelecida pelo legislador entre hipóteses concorrentes e hipóteses exclusivas do exercício da jurisdição. Para tanto, veja-se o que enunciam ambos os artigos

Art. 88. É competente a autoridade judiciária brasileira quando.

Art. 89. Compete à autoridade judiciária brasileira, com exclusão de qualquer outra.

Ora, entende-se – e não há porque ser diferente – que o fato de o art. 89 conter a locução *com exclusão de qualquer outra* implica que o art. 88 seja, por sua vez, *sem exclusão de qualquer outra*. Se ele não exclui, permite. E se permite, as partes, naqueles mesmos casos, podem litigar tanto no Brasil como em qualquer outra jurisdição, sem que isso implique ineficácia da decisão estrangeira no território brasileiro.

A opção de litigar aqui ou lá fora é, portanto, nas hipóteses do art. 88, exclusiva das partes. E elas podem fazê-lo implícita ou explicitamente, durante o curso do processo ou previamente. No primeiro caso, haverá escolha do foro, quando a ação for ajuizada no exterior (ou mesmo no Brasil) e o réu não opuser exceção de incompetência ou o remédio processual adequado para questionar a jurisdição da corte de acordo com a *lex fori*. Em síntese, quando o réu *submeter-se* à jurisdição.

³⁹ cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Op. Cit.*, p. 144; e, estranhamente, MESQUITA, José Ignácio Botelho de. Da competência internacional e dos princípios que a informam. In: *Revista de Processo* 50-51, 1988, p. 56.

Deste modo, por que não permitir que as partes o façam previamente ao litígio, já definindo no próprio contrato o foro em que pretendem litigar, e de modo expresso?⁴⁰

Não subsiste a alegação de que tal representaria uma derrogação da lei processual, sob o argumento de que as leis processuais são cogentes, de ordem pública e não estão sujeitas à manifestação de vontade das partes. O que concorre não derroga nem suprime. A concorrência representa uma pluralidade de escolhas possíveis. Qualquer delas lícita e válida. É, portanto, a própria lei processual – ao estabelecer hipóteses concorrentes – que garante validade e eficácia à manifestação das partes quanto à escolha do foro internacional.

E não são poucos os exemplos em que a técnica legislativa no Código de Processo Civil abre espaço à manifestação de vontade sem que isso represente fissão na sua estrutura *ex legibus cogens*. Sem a pretensão da exaustividade, arrolam-se aqui os seguintes casos: art. 111: eleição convencional de foro; art. 181: convenção para reduzir ou prorrogar prazos dilatatórios; arts. 265, II: suspensão convencional do processo; art. 333, par. único: convenção sobre a distribuição do ônus da prova; art. 453, I: adiamento da audiência por convenção das partes; art. 454, par. 1: convenção sobre a divisão do prazo entre litisconsortes para falar na audiência, e *via dicendo* como diram os italianos.

Nem se oponha que, nas hipóteses mencionadas, a autorização teria sido dada expressamente pela lei, o que não ocorre nos casos de competência internacional. Nos artigos 88 e 89, embora não o seja expressamente, é nítida tal permissão, pela própria redação dos dispositivos (como se viu acima). Só não vê quem não quer.

Tornaghi viu⁴¹ e afirmou que possibilidade de escolha de foro era um efeito prático decorrente da própria distinção entre as hipóteses de competência absoluta e competência concorrente. Para o autor, seriam dois os efeitos práticos de tal distinção por parte do legislador: negar a produção de efeitos, no país, a decisões estrangeiras que versem sobre as matérias previstas no art. 89 (e, a *contrario sensu*, não negá-la nas hipóteses do art. 88); e permitir, nos casos do art. 88, a prorrogação da competência por escolha das partes, e vedá-lo nos casos do art. 89 (*Id. Ibid.*).

Aquela linha de argumentação – a de necessidade de permissão legislativa expressa – é a mesma que se adota para bloquear outro argumento geralmente utilizado para a defesa da elegibilidade do foro: o de que, se o ordenamento brasileiro já permitiu o afastamento da jurisdição nacional em favor da arbitragem, seja ela nacional ou internacional, não haveria razão para negar a possibilidade de afastá-la também em favor de jurisdições estrangeiras, pois *quem pode o mais pode o menos*.

Os defensores da necessidade de expressa autorização legislativa sustentam que, naquele caso – da arbitragem –, a lei (9.307/96) abriu manifesta e inequívoca exceção à inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, CF) e por isso pode ser tolerada⁴².

⁴⁰ O grão de sal fica por conta de que, na eleição de foro, assim como em qualquer manifestação de vontade a que o direito atribui eficácia jurídica (atos ou negócios jurídicos), a vontade deve existir, ser consciente e livre de vícios, para que seja válida e eficaz.

⁴¹ *cf.* TORNAGHI, Helio. *Op. Cit.*, p. 307.

⁴² Talvez seja demasiadamente ousado – e daí porque esse pensamento vai escondido em nota de rodapé -- argumentar que, na verdade, o art. 5, XXXV, CF, encerra, acima de tudo, um comando ao legislador para que, em nenhuma hipótese, suprima às partes a possibilidade, real e concreta, de solucionar em caráter definitivo suas controvérsias. Definir se tal solução se dará perante o Poder Judiciário brasileiro, perante câmaras arbitrais ou ainda mesmo perante

Esse argumento parece desproporcional ante a total incongruência do resultado que acarreta. É fora de dúvida que a atividade do intérprete não se esgota, e nem poderia esgotar-se, na literalidade da lei. No caso, alguns princípios de hermenêutica jurídica nos guiam até a melhor solução. Permitir-se que haja “derrogação” da jurisdição pela vontade das partes para a instituição do juízo arbitral e, ao mesmo tempo, não permitir que o haja para a eleição de foro internacional torna o sistema jurídico duro, incoerente e, conseqüentemente, suscetível a quebras internas.

Restaurá-lo, acomodando-o num todo lógico e coerente é dever do intérprete. Nas palavras de C. Maximiliano⁴³

Não pode o intérprete alimentar a pretensão de melhorar a lei com desobedecer às suas prescrições explícitas. Deve ter o intuito de cumprir a regra positiva, e, tanto quanto a letra o permita, fazê-la consentânea com as exigências da atualidade. Assim, pondo em função todos os valores jurídico-sociais, embora levado pelo cuidado em tornar exequível e eficiente o texto, sutilmente o faz melhor, por lhe atribuir espírito, ou alcance, mas lógico, adiantado, humano do que à primeira vista a letra crua pareceria indicar.

O quarto argumento – do art. 78 do Código Civil – foi bem exposto pelo Supremo Tribunal Federal, quando há muito se manifestou em favor da subsistência da eleição de foro internacional no direito brasileiro, no Recurso Extraordinário n.º 30.636, de relatoria do ministro Cândido Motta Filho⁴⁴. Daquele acórdão, dois pontos merecem destaque.

O primeiro o próprio teor da decisão recorrida, proferida pelo Tribunal *a quo*. Naquela, estabeleceu-se que o art. 12 da Lei de Introdução ao Código Civil – que então definia as hipóteses de competência da Jurisdição brasileira -- não tinha natureza de ordem pública e, portanto, poderia ser derogado pelas partes – argumento esse que talvez hoje não tivesse guarida dada a *processualidade* da lei que regula a matéria.

A decisão ainda dá o tom da divergência doutrinária sobre a questão, consignando como defensores da liberdade de eleição do foro internacional grandes juristas brasileiros como Filadelfo Azevedo, Serpa Lopes, Espínola e Espínola Filho, e internacionais como Liebman e Carnelutti; e, na outra ponta, negando a sua possibilidade Chiovenda.

Em um rápido parêntese: Carmen Tiburcio também nos situa no cenário de batalha da doutrina brasileira, em que, do lado da elegibilidade do foro internacional, estão Philadelpho Azevedo, Serpa Lopes, Haroldo Valladão, Helio Tornaghi, Wilson de Souza Campos Batalha, Irineu Strenger, Osiris Rocha, Arruda Alvim, Donald Armelin e José Inácio Gonzaga Franceschini; e, de outro, entrincheirados, José Ignácio Botelho de Mesquita e Celso Agrícola Barbi⁴⁵.

Fechado o parêntese e retomado o conteúdo da decisão: o segundo ponto de que ela trata é um de ordem lógico-sistemática. Se a lei então dispunha que a autoridade judiciária brasileira era

tribunais estrangeiros, não constitui a finalidade última do comando contido naquele dispositivo. O que fere o dispositivo constitucional é permitir que se criem vácuos judicantes, em que as partes não tenham um órgão a recorrer.

⁴³ cf. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 277)

⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 30.636. Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em 06.02.2009.

⁴⁵ cf. TIBURCIO, Carmen. *Op. Cit.*, p. 96-97.

competente quando fosse o réu domiciliado no Brasil ou aqui tivesse de ser cumprida a obrigação⁴⁶ e, ao mesmo tempo, garantia aos contratantes em geral fixar domicílio como o local de cumprimento de suas obrigações (art. 42 do Código Civil)⁴⁷, seria ilógico não permitir que as partes, abertamente, fixassem foro estrangeiro para a resolução de seus conflitos.

Ou seja, suponha-se a seguinte situação: duas pessoas, uma brasileira e outra italiana, celebram contrato de prestação de serviço, pelo qual a parte brasileira obrigou-se a prestar determinado serviço na Itália (local de cumprimento da obrigação). Nada mais natural, estabeleceram que eventual controvérsia advinda do contrato deveria ser solucionada na própria Itália (foro de eleição). A parte brasileira torna-se inadimplente e é demandada no foro de eleição que coincidentemente é o foro do local do cumprimento da obrigação.

Indaga-se: devem as partes ser obrigadas a litigar no Brasil só porque o réu está aqui domiciliado? Parece um total contrassenso. E não foi por outra razão que o Código Civil de 1916, no que foi seguido *ipsis litteris* pelo novo código, estabeleceu que “[n]os contratos escritos poderão os contraentes especificar domicílio onde se exercitem e cumpram os direitos e obrigações deles resultantes”.

À vista de todos esses argumentos, pode-se encerrar esse ponto com as palavras sempre presentes de Barbosa Moreira, cuja abordagem sobre a questão é definitiva⁴⁸

O direito brasileiro admite, em princípio, pactos desse gênero, seja quando designam a Justiça brasileira em hipótese não prevista legalmente como de sua competência, seja quando indicam alguma justiça estrangeira, em hipótese incluída na competência (não exclusiva!) da Justiça brasileira.

O reconhecimento da eficácia do pacto subordina-se ao “sistema de limites” consagrado no art. 216 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal – e, antes dele, no art. 17 da Lei de Introdução ao Código Civil. Assim, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, é tradicionalmente repellido o deslocamento convencional da competência, por exemplo, em contratos de adesão, conforme ocorre, em geral, nos transportes internacionais.

3.2. Argumentos contrários

Embora todos os argumentos contrários já tenham sido, de certa maneira, analisados acima quando se avaliou os argumentos favoráveis à eleição do foro internacional, é bom sistematizá-los, e sobretudo dar-lhes um item próprio, sob pena de sermos acusados de parcialidade na exposição da matéria – acusação que seria, a bem da verdade, um elogio.

Em síntese, os argumentos contrários à instituição da cláusula de eleição de foro são três: (i) a natureza cogente da lei processual, hostil à manifestação de vontade das partes como fonte criadora do direito; (ii) a jurisdição como desdobramento da soberania do Estado, insuscetível de alteração pela vontade das partes; e (iii) a ausência de autorização legislativa expressa para que isso ocorra.

⁴⁶ “Art. 12. É competente a autoridade judiciária brasileira, quando for o réu domiciliado no Brasil ou aqui tiver de ser cumprida a obrigação.”

⁴⁷ “Art. 42. Nos contratos escritos poderão os contraentes especificar domicílio onde se exercitem e cumpram os direitos e obrigações deles resultantes”. Redação do Código Civil de 1916 que foi repetida no art. 78 do Código Civil de 2002.

⁴⁸ *cf.* MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Op. Cit.*, p. 146.

Eles todos dizem respeito a um mesmo fundamento que, a despeito das imperfeições decorrentes do reducionismo, pode ser sintetizado em um fundamento de ordem jurídico-filosófica: *o caráter publicístico que se vem estampando ao processo civil.*

Fonte de sérios embates entre processualistas os mais conceituados, o rumo do processo civil em direção a um controle estatal cada vez mais rígido, seja mediante o depósito de maiores e mais profundos poderes nas mãos dos juízes, seja ceifando à vontade das partes o seu efeito inovador da ordem jurídica, é crucial em diversos debates que vêm sendo travados no âmbito do processo, e não poderia ser diferente aqui.

Apenas para que fiquemos entre dois autores⁴⁹⁵⁰ que se dedicaram, monograficamente, ao estudo da relevância da manifestação da vontade na formação dos atos processuais, é possível ver-se o tamanho do dissenso:

O direito é expressão de um querer humano. O elemento vontade, portanto, é indissociável do direito. Nenhum efeito jurídico é possível divorciado do querer do homem, de sua vontade.

o formalismo não consente que se dê qualquer relevância à real vontade do sujeito (KOMATSU, 1991, p. 125)

Deste modo, os que defendem a impossibilidade de eleição de foro internacional parecem, antes de tudo, defender um processo civil publicístico – embora o inverso não seja verdadeiro – em que resta às partes, após embarcar na aventura judiciária, aguardar de mãos atadas que sejam conduzidas pelo juiz.

Sem pretender ingressar nessa longa discussão (embora já se tenha deixado transparecer a nossa opinião), parece crucial retomar a função primordial da jurisdição: a solução de controvérsias, a pacificação social. Quem leva um determinado problema ao judiciário, leva um drama pessoal, um imbróglio empresarial, ou mesmo busca a sua própria identidade. Não dar a essas pessoas, os atores da relação processual, um mínimo de espaço para definir como (e, sobretudo, onde) gostariam de ver dirimidos seus conflitos, soa juridicamente irrazoável e socialmente insensível.

Retomando alguns dos aspectos abordados na *Justificativa* ao presente trabalho, em um mundo onde barreiras, sociais e econômicas, praticamente não existem; em que a integração populacional é cada vez mais intensa, garantir às partes a segurança e a autonomia para determinar o local em que pretendem litigar parece muito mais condizente com os novos desafios do que arraigar-se na idéia de infalibilidade da jurisdição estatal nacional.

Por fim, um aspecto que acredito mereça menção, embora não seja possível classificá-lo como um argumento contrário, até porque seu autor não o é. Trata-se de um argumento de *espírito*, o da preferência da jurisdição nacional.

Embora posicione-se favoravelmente à escolha do foro pelas partes, Barbosa Moreira deixa transparecer um argumento (ainda que somente de reforço) que pode ser utilizado por aqueles que

⁴⁹ PASSOS, J. J. Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 28.

⁵⁰ KOMATSU, Roque. Da invalidade no processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 125.

visam sustentar a impossibilidade de eleição de foro: a de que o legislador presitiçou, de certo modo, um sentimento que o processualista denominou de *preferência pela jurisdição nacional*⁵¹.

Esse sentimento d'alma estaria refletido no art. 90 do Código que reza: *a ação intentada perante tribunal estrangeiro não induz litispendência, nem obsta a que a autoridade judiciária brasileira conheça da mesma causa e das que lhe são conexas*; e poderia ser estendido ao tema da eleição do foro internacional. Assim, dever-se-ia buscar sempre, e a todo modo, privilegiar a jurisdição nacional em detrimento de qualquer outra.

Pode-se notar, contudo, que esse argumento somente serve para os casos de afastamento da jurisdição brasileira por vontade das partes, isto é, os de eleição de foro estrangeiro; e não para os de atribuição, também por vontade das partes, de jurisdição à autoridade judiciária brasileira. Ao contrário, estes últimos seriam reforçados por essa lógica ufanista.

4. Conclusões

Como visto, parece-nos evidente o caminho para que se permita a eleição de foro em contratos internacionais, tanto para eleger a autoridade judiciária brasileira quanto a autoridade judiciária estrangeira, está pavimentado. Agora, deve ser percorrido, desbravado. Não há dúvidas que alguns percalços virão, alguns mais complexos – que talvez obriguem a uma releitura dos princípios aqui abordados – outros mais simples, que exigirão apenas uma correção de percurso.

A possibilidade de haver casos em que a eleição de foro conduza a um resultado ruim – ou pelo menos pior do que se se tivesse mantido a jurisdição nacional – não pode, nem deve, conduzir à sua total supressão.

O radicalismo é o argumento dos apaixonados. E, como ponderam C. Maximiliano e também Perelman e Tyteca: *apaixonar-se não é argumentar, pois o orador apaixonado – de tão inflamado com o próprio discurso – deixa de preocupar-se em persuadir o seu auditório*⁵².

Assim, é certo que não podemos nos iludir com falsas escolhas. E o apelo ao excepcional, tomando-se por regra hipóteses extremas, radicais, não conduz a um sistema jurídico uniforme, capaz de se corrigir-se internamente mediante seus próprios instrumentos. Ao contrário, fragiliza-o.

Mesmo os que defendem a elegibilidade do foro internacional certamente não o farão nos casos de contrato de adesão⁵³. Mas, novamente insiste-se nesse ponto, isso não significa excluir *a priori* e elegibilidade do foro nos casos de direitos disponíveis, em que as partes do contrato, capazes e cientes de seus atos, tiveram ampla possibilidade de discutir a cláusula, e optaram por um foro específico, seja por transparecer economicamente mais vantajoso ou pelo fato de aquele tribunal específico ter mais *expertise* sobre a matéria (como nos contratos marítimos que, geralmente, elegem o foro de Londres).

Delineados esses aspectos, passa-se em resumo algumas das conclusões alcançadas neste trabalho:

⁵¹ cf. MOREIRA, José Carlos. *Op. Cit.*, p. 141.

⁵² cf. PERELMAN, Chaim. *Op. Cit.*, p. 32; no mesmo sentido cf. MAXIMILIANO, Carlos. *Op. Cit.*, p. 145

⁵³ cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Op. Cit.* p. 146.

(a) O Brasil adota o sistema de delimitação de jurisdição por *inclusão*, segregando os casos de sua competência internacional entre aqueles de caráter concorrente com tribunais estrangeiros (art. 88 do Código de Processo Civil) e aqueles que excluem qualquer outra jurisdição (art. 89 do mesmo código);

(b) os casos de competência exclusiva são, atualmente, aqueles que versarem sobre *ações relativas a imóveis no Brasil* (art. 89, inciso I) e *sobre inventários e partilhas de bens situados no Brasil* (art. 89, inciso II);

(c) as ações relativas a imóveis são tanto aquelas reais quanto pessoais (embora haja autores que a restringem às ações reais) e a partilha é tanto aquela *mortis causae* quanto *inter vivos*, sendo que, nesse último ponto, a jurisprudência vem entendendo que, sendo consensual a partilha, não haverá exclusividade da jurisdição brasileira;

(d) os casos de competência concorrente são três: *rêu domiciliado no Brasil* (art. 88, inciso I); *cumprimento da obrigação no Brasil* (art. 88, inciso II); e *ato ou fato praticado no Brasil* (art. 88, inciso III) – de todos, o que gera maior discussão é aquele relativo ao domicílio;

(e) a eleição de foro tem sido objeto de dissenso tanto na jurisprudência quanto na doutrina, embora esta tenda a ser mais receptiva à idéia do que aquela, e o debate gira em torno dos seguintes argumentos:

Favoráveis:

i. a não taxatividade do rol de hipóteses previstas pelo art. 88 do CPC;

ii. a própria lógica da separação das hipóteses entre concorrente e exclusiva que obrigam a uma interpretação sistemática de que, se na exclusiva não pode, na não exclusiva deve poder;

iii. o fato de que ordenamento brasileiro já permitiu o afastamento da jurisdição em outros casos, como no da arbitragem e que, se *quem pode o mais pode o menos* – não haveria por que impedir-se a eleição de outra jurisdição

iv. o fato de que art. 78 do Código Civil já garante às partes a faculdade de determinar o próprio domicílio.

Contrários:

i. a natureza cogente da lei processual, hostil à manifestação de vontade das partes como fonte criadora do direito;

ii. a jurisdição como desdobramento da soberania do Estado, insuscetível de alteração pela vontade das partes;

iii. a ausência de autorização legislativa expressa para que isso ocorra.

5. *Obras citadas.*

- BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1994.
- DOLINGER, Jacob. *A Panorama of Brazilian Law*. Miami: North-South Center, 1992.
- KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *Da competência internacional e dos princípios que a informam*. In: *Revista de Processo* 50-51, 1988.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado* (Tomo I), São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.
- _____. *Comentários ao Código de Processo Civil* (Tomo II), Rio de Janeiro: Forense, 1973.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Problemas relativos a litígios internacionais*. In: *Temas de Direito Processual*. 5ª Série. Rio de Janeiro: Saraiva, 1994.
- MORELLI, Gaetano. *Derecho Procesal Civil Internacional*. [s/cidade] [s/editora], 1953.
- PASSOS, J. J. Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- TIBURCIO, Carmen. *Comentários ao Recurso Especial nº 251.438: três temas de processo internacional*. In: *Temas de direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- TORNAGHI, Helio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. 3. Rio de Janeiro: Forense, 1974.
- Agravo de Instrumento n.º 3.124-0 Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de SP 271 (1983)
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 30.636. Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em 06.02.2009.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 82.454. Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em 12.03.2009.

JUSTIÇA RESTAURATIVA: UM NOVO CONCEITO

RAFAEL GONÇALVES DE PINHO

Bacharel em Direito pela Universidade Federal Fluminense – UFF, pesquisador na área de Resoluções Alternativas de Conflitos e Sócio do Escritório Gonçalves, Terras e Veras Advogados.

RESUMO

O presente Artigo analisa os conceitos e objetivos da Justiça Restaurativa, seu histórico, suas premissas e a importância da quebra do paradigma punitivo. São desenvolvidas as bases teóricas e práticas desse sistema alternativo de resolução de conflitos, seus procedimentos, suas críticas e a compatibilidade com o sistema brasileiro.

Palavras-Chave: Processo Penal; Meios alternativos de resolução de conflitos; Paradigma Restaurativo; Justiça Restaurativa.

ABSTRACT

The present article analyzes the development, objectives, principals, practical bases and concepts of Restorative Justice and the concernment to surpass the punitive paradigm. Furthermore, the compatibility and influence at the Brazilian system.

Keywords: Criminal Justice System; ADR - Alternative Dispute Resolution; Restorative Paradigm; Restorative Justice.

INTRODUÇÃO

Um dos temas mais debatidos no país é a reforma do Poder Judiciário, o *improvement* do acesso à justiça e a implementação de sistemas alternativos de administração de conflitos, destarte a criação da Secretaria de Reforma do Judiciário ligada ao Ministério de Justiça e os programas e congressos realizados em parceria com o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD. Temática esta permeada com escopo de tornar as instituições mais acessíveis e eficazes no oferecimento de soluções alternativas aos conflitos, problemas vivenciados por todos nós brasileiros, até então não superadas pelo sistema formal de Justiça e pelos governos nas três esferas de atuação.

Diversas críticas, tais como; à morosidade judicial, aos elevados custos processuais, gestão, à grave deficiência na resolução de conflitos, o seletivo acesso à justiça, dentre outras, ganham força e espaço no cenário brasileiro. Cumpre salientar que não são críticas exclusivas ao país, já que em outras regiões do orbe ocorrem os mesmos desafios e necessidades, e, em alguns casos mais críticos, o total desrespeito as garantias elencadas na Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (Pacto de SAN JOSÉ da COSTA RICA), ratificada pelo Brasil em 25/09/1992.

A lenta resposta das instituições às demandas sociais, no intuito de oferecer respostas satisfatórias aos entraves ao acesso à justiça, gerou o desenvolvimento paralelo de projetos de diversas entidades não-governamentais, nas quais são utilizadas técnicas de mediação, arbitragem, bem como uso do direito informal na solução de conflitos.

A adoção de meios alternativos¹ de resolução de conflitos consubstancia um notável caminho para a oferta de novas soluções aos conflitos e um acesso à justiça mais democrático, gerando assim, um considerável fortalecimento do tecido social.

Na mesma esteira, o professor Leonardo Greco, em seu texto “Acesso ao direito e à Justiça”, ressalta que “*o acesso à Justiça sofre para a sua efetividade três tipos de obstáculos ou barreiras: as barreiras econômicas, as barreiras geográficas e as barreiras burocráticas*”.² No mesmo entendimento, Hugo Nigro Mazzilli ressalta, “*a possibilidade de acesso à Justiça não é efetivamente igual para todos: são gritantes as desigualdades econômicas, sociais, culturais, regionais, etárias, mentais*”.³

O presente artigo analisa o conceito e objetivos da Justiça Restaurativa e sua compatibilidade ao sistema brasileiro, na qual apresenta-nos um novo manancial de práticas e idéias que nos ajudam a mudar o enfoque penal estritamente punitivo, bem como uma melhor prestação Jurisdicional. Missão esta, sob responsabilidade nossa, operadores e estudiosos do direito, ao lidarmos com as questões mais tempestuosas, e algumas até obscuras, do sistema tradicional de justiça.

1. Breve histórico

De acordo com a história humana, das civilizações antigas às sociedade contemporânea, povos indígenas, grupos familiares, e comunidades fechadas, criaram soluções peculiares aos conflitos, disputas e danos.

A percepção dos povos indígenas, na qual o diálogo é baseado na afetuosidade e no sentimento, e a visão ampla para vislumbrar as situações de como a comunidade percebe de maneira diferente o mesmo fato e como elas se comportam diante de tal problema é mais importante do que o fato tratado isoladamente. Baseado na leitura de outros pontos de vista, seus sofrimentos e suas

¹ À guisa de explicação, a administração alternativa de conflitos são iniciativas baseadas em um modelo de resolução de conflitos por via consensual, ou restaurativa, ou de mediação, ou de compensação; em contraposição ao modelo adjudicatório e retributivo da Justiça tradicional.

² GRECO, Leonardo. *O Acesso ao Direito e à Justiça*. Disponível em <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=420>. Acesso em: 23 de jun de 2007.

³ MAZZILLI, Hugo Nigro. *O Ministério Público e a defesa do regime democrático*. Disponível em <http://www.senado.gov.br/web/cegraf/rl/Pdf/pdf_138/r138-07.pdf>. Acesso em: 23 de jun de 2007.

idéias para encontrar uma solução, com entendimento e empatia, mostra-nos um aspecto interessante de solução de litígios.

A partir dessa observação, verificou-se na década de 80, a sociedade Navajo⁴ no Arizona, México e Utah em seu modelo, a análise e o conceito da lei é diferente das normas que são aplicadas pelas instituições tradicionais. A norma apresenta um outro aspecto, além do valor coercitivo, um conceito mais ampliado de estilo da vida, e instituições como partícipes na resolução de conflitos e não necessariamente como elementos que exercem apenas a autoridade. Dentre seus ensinamentos, aplicam a solidariedade, interdependência⁵ e mutualidade como ponto de partida na resolução de seus conflitos.

Dentro da sociedade Maori⁶ na Nova Zelândia, devido à preocupação crescente sobre a forma pela qual as instituições tratavam seus os jovens e as crianças, na medida em quem eram retirados de seus lares, do contato com suas famílias e a da própria comunidade, através das decisões dos sistemas de Justiça Juvenil, surgiu à época, após muitas exigências, um processo diferenciado, culturalmente adaptado, para os Maoris, e soluções às famílias sem recursos a possibilidade de cuidar de suas próprias crianças.

Após a aprovação do Estatuto das Crianças em 1989, na Nova Zelândia, as famílias se inseriram no processo e garantiu conjuntamente a responsabilidade primária pelas decisões, aliado a outras formas de assistência. Tornou-se um processo aglutinador, pois visava incluir todos os envolvidos e os representantes dos órgãos estatais. Nesse ínterim, o papel da vítima ressurgiu participando das decisões, e juntos, como num grupo familiar, traçando objetivos da própria reparação da vítima e da reintegração à sociedade.

A teoria da justiça restaurativa surgiu à mesma época em que essa legislação foi aprovada, porém logo tornou-se evidente que os valores de participação, reparação e reintegração à sociedade refletiam o novo sistema de justiça juvenil da Nova Zelândia. Em especial, observou-se no processo no grupo familiar um mecanismo eficaz que poderia ser aplicado dentro do sistema de justiça tradicional para prover novas alternativas e o melhor acesso à Justiça.

⁴ SULLIVAN, Dennis e TIFF, Larry. *Handbook of Restorative Justice*. New York, Routledge, 2006.
_____. *Navajo Peacemaking - Original dispute resolution and a life way*.

⁵ A título de contribuição dos estudos da filosofia, o presente conceito, é a compreensão do funcionamento dos acontecimentos como um todo, e podemos diferenciá-los em três níveis distintos relacionados entre si. Num primeiro nível, atêm-se ao princípio de causa e efeito, pelo qual todos os acontecimentos surgem a partir de uma complexa rede de causas e condições entrelaçadas. De onde conclui-se que nenhum acontecimento pode vir a existir ou permanecer existindo por si só. Os acontecimentos existem como resultados dos atos praticados e, ao mesmo tempo, é também o resultado de uma gama de outras causas e condições. Ou seja, é preciso levar em conta as circunstâncias que ensejaram as práticas dos atos, bem como as ações que cooperam ou interferem nas atitudes e comportamentos. Em suma, o ato praticado não pode somente existir apenas por culpa de um fator ou de uma pessoa, ou melhor, os atos e acontecimentos não podem existir independentemente de suas causas e condições.

Ao segundo nível, a interdependência pode ser avaliada e compreendida pela mútua dependência que existe entre as partes e o todo. Sem as partes, não pode haver o todo e, sem o todo, o conceito de parte resta sem sentido. A idéia de todo implica em partes, porém cada uma dessas partes é considerada como um todo composto de suas próprias partes, ou seja, a atuação das partes influencia não só a si, mas também toda coletividade, sendo esta também responsável pelos atos e acontecimentos gerados pela parte. Relaciona-se diretamente com o conceito de Tecido Social.

Por fim, o terceiro nível, pode-se dizer que todos os fenômenos têm uma origem dependente, pois ao analisarmos, verifica-se, em essência, que não possuem uma identidade. A existência de um ato ou acontecimento pressupõe a existência de outro que os gerou.

⁶ SULLIVAN, Dennis e TIFF, Larry. *Handbook of Restorative Justice*. New York, Routledge, 2006.
_____. *The foundations of restorative Justice - Section II*.

Desde 1999, o uso de práticas de justiça restaurativa na Nova Zelândia alcançou outros níveis, com o desenvolvimento, pela polícia, de processos de encaminhamento alternativo para responder a infrações relativamente sem gravidade cometidas por jovens, assim como a aplicação da justiça restaurativa no sistema Tradicional.

Em consonância no Canadá, o processo restaurativo originou-se nos métodos tradicionais aborígenes⁷ de resolução de conflitos. A superpopulação carcerária de origem aborígene, a notória desvantagem econômica e a marginalização em relação à sociedade dominante canadense, demandou uma abordagem mais adequada e aplicação das práticas restaurativas, posto que a população aborígene não reconhecia os valores e métodos do sistema tradicional de justiça.

Todas as referências históricas, aparentemente desconectadas, convergem para a visão crítica de Zaffaroni e Nilo Bastista:

Quando o conflito deixou de ser lesão contra a vítima e passou a significar delito contra o soberano, isto é, quando sua essência de lesão a um ser humano converteu-se em ofensa ao senhor, desvinculou-se da própria lesão e foi-se subjetivando como inimizade para com o soberano. A investigação da lesão ao próximo foi perdendo sentido, porque não procurava sua reparação, mas sim a neutralização do inimigo do monarca.⁸

Verifica-se no modelo atual do sistema penal, a prevalência do modelo de decisão vertical e punitivo sobre o modelo de solução entre as partes, sob o pretexto de limitar a vingança pessoal da vítima ou de suprir a debilidade desta. Por fim, na mesma esteira, Zaffaroni⁹ e Nilo Bastista, ressaltam que na realidade, serviu para “*descartar a sua condição como pessoa*”, rebaixando sua condição humana, resultando em um “talião limitativo” direcionado à ampliação das oportunidades para o exercício de um poder.

1.2 Debate no Brasil

O Debate acerca da Justiça restaurativa foi introduzido no Brasil com Carta de Araçatuba, redigida no I Simpósio Brasileiro de Justiça Restaurativa, realizado na cidade de Araçatuba, estado de São Paulo - Brasil, nos dias 28, 29 e 30 de abril de 2005, na qual delineava sobre os princípios da justiça restaurativa e atitudes iniciais para implementação em solo nacional. Logo após, foi ratificada pela Carta de Brasília, na conferência Internacional “Acesso à Justiça por Meios Alternativos de Resolução de Conflitos”, realizada na cidade de Brasília, Distrito Federal, nos dias 14, 15, 16 e 17 de junho de 2005, já apresentando valores e princípios a serem aplicados no sistema brasileiro. Na mesma esteira, a Carta do Recife, elaborada no II Simpósio Brasileiro de Justiça Restaurativa, realizado na Cidade do Recife, Estado de Pernambuco - Brasil, nos dias 10, 11 e 12 de abril de 2006, ratificando as estratégias adotadas pelas iniciativas de Justiça Restaurativa em curso, bem como sua consolidação.

⁷ O termo aborígene engloba várias e distintas categorias de pessoas descendentes de tribos que ocuparam o extremo norte do Canadá.

⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, BATISTA, Nilo, ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal*. Rio de Janeiro, Revan, 2003, pp. 392 - 393.

⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, BATISTA, Nilo, ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. Op. cit, pp. 384 - 386.

Todos esse movimentos inspiraram-se na Resolução do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, Resolução 2002/12, na qual ficaram definidos os princípios básicos para a utilização de programas de Justiça Restaurativa em matéria criminal, reportando a Resolução 1999/26, de 28 de julho de 1999, e a Resolução da Assembleia-Geral n. 56/261, de 31 de janeiro de 2002, particularmente as ações referentes à justiça restaurativa, de modo a se cumprir os compromissos assumidos no parágrafo 28, da Declaração de Viena.

Por conseqüência natural, os conceitos da justiça restaurativa chegaram ao Brasil, principalmente a partir da observação e o estudo do direito comparado, trazendo a baila suas premissas, aplicações e experiências que lograram êxito.

Por isso, é necessário registrar que o modelo restaurativo no Brasil não é cópia dos modelos estrangeiros, pois nosso modelo é restritivo, e carece de muitas transformações legislativas para a aplicação integral da justiça restaurativa. Ademais, como a justiça restaurativa é um processo de constante adaptação, é de bom alvitre sempre a adequação necessária à realidade brasileira.

Acrescentando, tramitam no Congresso Nacional o substitutivo ao projeto de lei nº 4.827-C¹⁰, de 1998, na qual institucionaliza a mediação no país, bem como a Sugestão Legislativa nº 99¹¹, de 2005, que altera uma série de dispositivos legais, para a completa aplicação dos procedimentos da justiça restaurativa no sistema penal brasileiro.

A Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça, em parceria com o programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, têm desenvolvido, desde 2003, debates sobre os meios alternativos de resolução de conflitos, na qual constituem um importante complemento ao funcionamento das instituições do sistema formal de Justiça.

2. Premissas

Caminhando a uma breve reflexão sobre o modelo penal atual, cabe-nos algumas considerações importantes acerca do exercício do poder punitivo estatal. Vivemos sob a era da elevada pretensão punitiva do Estado, caracterizando-se por buscar a cobertura normativa completa, com aparelhamento ostensivo dos órgãos persecutórios, e tendência manifestamente intimidatória.

O caráter reducionista, na qual pressupõe que a punição efetiva é elemento absolutamente apto a frear a prática do delito, desconsidera totalmente as várias nuances do impacto psicológico da aplicação da pena. Ademais, um sistema em que a privação de liberdade é a principal resposta à criminalidade, aliadas a punição irracional, só geraram uma maior fragmentação social e a destruição dos laços comunitários.

Tal sistema ignora o caráter secundário do rigor nominal da pena, reduzindo-o a uma mensagem intimidatória desprovida do conteúdo social e comunitário da prevenção. Tendo por base essas características, impingem no cidadão o ideal de sofrimento como fundamento para reação penal. É a cultura da violência. Numa sociedade dominada pelo “medo da criminalidade” e a fobia

¹⁰ Vide anexo V.

¹¹ Vide anexo VI.

acerca da insegurança, a violência punitiva estatal surge como a solução de todos os males, numa visão esdrúxula de *feedback* ou retro-alimentação cotidiana.

A resposta preventiva da cominação da pena é uma ilusão, portanto reintroduzir a vítima no processo, dando-lhe voz ativa e participativa, é relegitimante. Sem reservas, a confiança da coletividade no ordenamento jurídico aumentará na medida em que sua participação for mais ativa, dentro ou fora do processo. Entretanto, essa “re-legitimação” caminha em direção a aceitação da reparação do dano e da restauração da paz jurídica.

Na mesma esteira, Luiz Flávio Gomes e Antônio García Pablos de Molina manifestam:

O abandono da vítima do delito é um fato incontestável que se manifesta em todos os âmbitos: no Direito Penal (material e processual), na Política Criminal, na Política Social, nas próprias ciências criminológicas. Desde o campo da Sociologia e da Psicologia social, diversos autores, têm denunciado esse abandono: o Direito Penal contemporâneo – advertem – acha-se unilateral e equivocadamente voltado para a pessoa do infrator, relegando a vítima a uma posição marginal, no âmbito da previsão social e do Direito civil material e processual.¹²

Ademais, está em consonância com a idéia de que o modelo penal necessita de mecanismos que fortaleçam os valores do convívio comunitário, bem como um sistema de consenso real que reforce o preceito primário e secundário da norma penal. O modelo restaurativo traz a vítima uma enorme vantagem, devolvendo-lhe um papel relevante na futura definição alternativa da resposta do aparato estatal ao delito, na medida em que realiza a reparação dos danos sofridos e minimização das conseqüências do fato, o que desde já evita a famigerada vitimização secundária¹³. Do ponto de vista social, o modelo inova e avança em direção à solução efetiva do conflito no caso concreto, reiterando o comprometimento das partes na busca de uma solução negociada, reduzindo os efeitos estigmatizantes de uma eventual vitória ou derrota processual, gerando um enorme potencial de pacificação social.

Na mesma esteira, ratifica o professor Pedro Scuro Neto, *in verbis*:

¹² GOMES, Luiz Flávio e MOLINA, Antonio García-Pablos. *Criminologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. Disponível em: <<http://www.justicavirtual.com.br/artigos/art148.htm>>. Acesso em 10 de jul de 2007.

¹³ A natureza delitiva e a personalidade de cada ofendido, bem como todas as circunstâncias da infração derivam em diferentes seqüelas ao que denomina, em Criminologia e Vitimologia, à vitimização. Daí por que, temos as denominadas vitimização primária e vitimização secundária. A primária reflete as ações e conseqüências obtidas pela vítima no contato preliminar e inicial decorrente do delito e o autor, tais como temor, dano físico, social, psicológico ou econômico. Há, genericamente, em decorrência da infração penal, um choque emocional no ofendido, expressado, mais das vezes, por alguns daqueles sentimentos. A secundária espelha as resultantes, como comunicação, acolhimento e informação da atividade do sistema policial e jurídico-penal, em face do aparelhamento estatal diante da vítima. A vitimização secundária, infelizmente, por muitas circunstâncias e ocasiões, torna-se mais traumática que a experiência primária.

Assim, ao invés de reduzir os impactos maléficis da infração, o Estado conduz o lesado a um ponto de maior estresse e insegurança, quiçá ainda, à total insegurança, não apenas material, mas também social, haja vista a indiferença da Administração perante o seu corpo social. O que deveria ser para a vítima o ponto de partida para o resgate de seu bem jurídico ofendido, pode tornar-se mais um dissabor, desgaste físico ou moral e por que não, mais uma vez econômico. Por isso, às vítimas devem ser tratadas pelos órgãos responsáveis por sua interpelação, numa forma, em que isso, ou seja, a vitimização secundária, seja repelida ao máximo. (PAGLIUCA, José Carlos Gobbis. *O impedimento à vitimização secundária pela polícia e justiça*, disponível em: <<http://www.novacriminologia.com.br/artigos/leiamais/default.asp?id=1251>>. Acesso em: 12 de abril de 2007).

fazer justiça do ponto de vista restaurativo significa dar resposta sistemática às infrações e a suas conseqüências, enfatizando a cura das feridas sofridas pela sensibilidade, pela dignidade ou reputação, destacando a dor, a mágoa, o dano, a ofensa, o agravo causados pelo malfeito, contando para isso com a participação de todos os envolvidos (vítima, infrator, comunidade) na resolução dos problemas (conflitos) criados por determinados incidentes. Práticas de justiça com objetivos restaurativos identificam os males infligidos e influem na sua reparação, envolvendo as pessoas e transformando suas atitudes e perspectivas em relação convencional com sistema de Justiça, significando, assim, trabalhar para restaurar, reconstituir, reconstruir; de sorte que todos os envolvidos e afetados por um crime ou infração devem ter, se quiserem, a oportunidade de participar do processo restaurativo.¹⁴

Por fim, a justiça restaurativa, representa a aplicação prática desse modelo, que dentre os modelos teóricos existentes, é o que mais se aproxima da efetiva intervenção do Estado em reação a prática delituosa, sendo elas a justa aplicação da pena, a conciliação entres os envolvidos (vítima, infrator, estado e a sociedade), e por conseqüência natural a pacificação social, na qual também se propõe a substituição da cultura da violência¹⁵ pela cultura de paz, entretanto, é necessário registrar que o procedimento restaurativo não é expressamente previsto na lei. A participação é estritamente voluntária, e a aceitação, da alternativa restaurativa, não pode ser imposta em quaisquer situações.

2.1 Quebra do Paradigma Punitivo

Antes de aprofundarmos ao estudo da Justiça Restaurativa e sua aceitação, é condição *sine qua non* passar pela quebra do paradigma, ou seja, superarmos a barreira cultural punitiva. Diante a um direito penal concentrado no castigo, o paradigma restaurativo surge como uma alternativa, uma nova etapa para alcançar a construção de um direito penal mais humano e racional, apto a frear a sua exacerbação punitiva.

Essa quebra é mais do que necessária para a efetivação dos meios alternativos à consecução da justiça. Não adianta criar, revogar, modificar leis e programas se a mentalidade dos legisladores, dos “doutos da lei” e da Sociedade não é alterada.

Mccold e Watchel, reafirmam:

¹⁴ NETO, Pedro Scuro. *A Justiça como Fator de Transformação de Conflitos: Princípios e Implementação*. Disponível em: <<http://www.restorativejustice.org/resources/docs/scuro2>>. Acesso em: 20 de mai de 2007.

¹⁵ A disseminação da violência na sociedade está ligada diretamente a uma cultura própria, que estimula e ratifica atos violentos como algo "natural". O individualismo, consumismo e competição exacerbada, entre outros, criaram um padrão de relacionamento entre as pessoas que coloca em xeque, por exemplo, características como a cordialidade e a solidariedade. A agressividade deixou de ser um defeito para virar traço comum entre os habitantes das grandes cidades. Todos estão prontos para atacar antes que o "inimigo" o faça. (Luna, Marlucio. *Cultura de Violência*. Disponível em: <<http://www.brasilcultura.com.br/conteudo.php?id=286&menu=90&sub=298>>. Acesso em: 15 de jul de 2007.)

A justiça restaurativa não tem como objetivo principal reduzir a criminalidade, mas reduzir o impacto dos crimes sobre os cidadãos, sem quaisquer aspirações retributivas ou pseudo-preventivas.¹⁶

O paradigma restaurativo é construído a partir das falhas do modelo vigente, pois sua essência é evitar o sistema punitivo-retributivo. Historicamente, podemos citar três modelos¹⁷ de justiça penal, são eles:

- a) modelo dissuasório clássico, calcado na resposta punitiva estatal. A pena possui finalidade puramente retributiva;
- b) modelo ressocializador, na qual atribui finalidade à pena, de ressocialização do infrator;
- c) modelo consensuado de Justiça penal, fundado na prática restaurativa, no consenso, na transação, na conciliação, na mediação ou na negociação (plea bargaining).

O primeiro, pela ótica punitiva-retributiva não haveria espaço para nenhuma outra finalidade à pena se não a sanção e o castigo. A repressão ao delito exige um Direito penal inflexível, rígido, inafastável, pois somente ele seria capaz de deter a criminalidade.

Já o Segundo, permeou a idéia de justiça terapêutica, onde o direito penal poderia intervir na pessoa do delinqüente, calcadas na idéia de reeducação e reinserção do condenado à sociedade. Entretanto, a prevenção especial continuou operando sob os moldes punitivos, não alcançando êxito na prática. Por fim, o terceiro situa-se a justiça restaurativa na busca pelo bem comum, a integração, a participação global, a multidisciplinaridade, e o restabelecimento da paz.

A localização da Justiça restaurativa não é só importante, como nos permite verificar suas origens e suas fontes, evitando assim a que a simples adoção dos métodos restaurativos ensejasse a impressão equivocada de um retrocesso, bem como a delimitação do poder punitivo.

Entretanto, para superarmos essa questão, compartilhar com outras áreas do saber, como a Sociologia, Psicologia, Pedagogia, dentre outras, é uma experiência extremamente interessante para reafirmar a quebra do paradigma punitivo. De certo, nas palavras de Zaffaroni¹⁸, citadas, nas relações de poder entre Estado e cidadão, “*poder central verticalizante, mas quando este apareceu e adquiriu força suficiente, confiscou a vítima mediante o modelo decisório ou punitivo*”, podemos perceber o monopólio estatal punitivo com a conseqüente apropriação do conflito, na qual os indivíduos passaram a submeter-se ao controle estatal punitivo por meio do Poder político e Judiciário.

O modelo de justiça restaurativa atua, preservando o caráter público do controle penal, na reapropriação do conflito e na percepção que o monopólio punitivo está centrado na relação intrínseca entre o poder político e o poder judiciário. Analisando o processo de Globalização, o neoliberalismo, configurou-se um enfraquecimento do poder estatal em diversos setores, gerando uma centralização do controle do poder punitivo, salienta o professor Leonardo Sica, “*a retirada*

¹⁶ WACHTEL, Ted e MCCOLD, Paul. *In Pursuit of Paradigm: A Theory of Restorative Justice*. International Institute for Restorative Practices, disponível em <http://fp.enter.net/restorativepractices/paradigm_port.pdf>. Acesso em: 20 de nov de 2006

¹⁷ GOMES, Luiz Flavio. *Justiça penal restaurativa: conciliação, mediação e negociação*. Disponível em <<http://www.blogdofg.com.br/article.php?story=20070620093429269&query=restaurativa>>. Acesso em: 20 de jan de 2007.

¹⁸ *Ibidem*. p. 389

*progressiva do estado(...) resultou num reforço do poder punitivo, como último reduto de soberania estatal.*¹⁹

Na mesma esteira, o professor Aury Lopes Jr., afirma:

O modelo neoliberal entra no processo penal através do law and order e sua política de endurecimento geral do sistema penal. O movimento da lei e da ordem é a representação mais clara da intolerância e da completa falta de compromisso ético e social. Afinal, na pós-modernidade neoliberal, o que interessa é proteger apenas o homo oeconomicus enquanto detentor e gerador de capital.²⁰

Com a supervalorização da sanção, há deturpações na análise dos valores passados pela aplicação e existência da pena à coletividade. Por exemplo, absorção do preceito de que uma conduta delitiva é proibida resta unicamente porque existe uma pena cominada para tal, ou seja, não são avaliadas sobre a ótica que o patrimônio e a vida são bens que devem ser respeitados.

O paradigma da justiça restaurativa também atua nesse íterim, reforçando o respeito e a conscientização do preceito norma, afastando o caráter essencialmente punitivo.

Entretanto, Howard Zehr em sua obra “Changing lenses” define a justiça retributiva como o Estado sendo a vítima, definindo uma relação nociva como violação de regras e enxerga a relação entre vítima e transgressor como irrelevante. Enquanto que a Justiça Restaurativa identifica as pessoas como vítimas e reconhece as dimensões interpessoais como centro. Podemos encontrar problemas quando nos referimos a distinções entre a Justiça Restaurativa e a Justiça Retributiva, pois ao tratar de forma simplista e polarizada há o risco que distorcer os conceitos, os reais significados, entendimentos sobre os sistemas de justiça criminal e o significado da Justiça Restaurativa.

A Justiça Retributiva sempre foi um prato cheio nas mãos dos escritores da Justiça Restaurativa, entretanto é necessário a prudência ao avaliar os institutos. Justiça Retributiva é muito maior do que somente uma teoria da justiça. Não podemos nos limitar a encarar o sistema retributivo como apenas punição, mas sim como um sistema que emprega a punição e enxerga o crime como uma violação do estado, definido como descumprimento da lei e culpa. Logo, a justiça determina a sanção e administra o embate entre Estado e transgressor. A Justiça Retributiva foi reduzida aos termos de vingança e retaliação e criou-se uma polarização entre a Justiça humana Restaurativa contra a Justiça desumana Retributiva.

Durantes os estudos da Justiça Restaurativa, o significado da Justiça Restaurativa se expandiu e foi distorcido. Criaram-se diversos significados transformando o trabalho numa colcha de retalhos. A justiça restaurativa não é o milagre que irá resolver todos os problemas, bem como a prática cotidiana resta dúvidas de quando a retribuição e restauração podem ser claramente determinadas e classificadas. Não são todas pessoas que buscam a restauração, e em alguns casos, pode ocorrer uma combinação de ambas. É necessária muita prudência ao tratar destas questões, justamente para não simplificar e polarizar o debate, pois buscamos superar a cultura da punição e não a negação dos modelos existentes.

¹⁹ SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal - O novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime*. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2007. p. 39.

²⁰ JUNIOR, Aury Lopes. *Justiça Negociada: Utilitarismo Processual e Eficiência Antiguarantista*. Disponível em: <<http://www.aurylopes.com.br/art0008.html>>. Acesso em: 15 de jan de 2007.

2.2. Um novo modelo de Justiça

É um debate interessante, pois a visão simplista que a Justiça Restaurativa somente alcança a reforma das sentenças e sua prática é rechaçada por muitos. A meta é transformar a pretensão da prática criminal na Sociedade. Em particular, há uma nova proposta sobre crime e justiça.

Convencionalmente, o crime é tratado com um excepcional tipo de comportamento, na qual é visto como um dano cometido à sociedade, que deve ser punido exemplarmente, para que o criminoso se reabilite. Uma das questões mais levantadas pelos defensores da Justiça Restaurativa é a exclusão da vítima no processo penal, justamente a que sofre diretamente os danos causados pelo crime.

A Justiça restaurativa apresenta alguns conceitos sobre o crime como um comportamento:

- problema, menos porque viola hipoteticamente a ordem social, mas sim acarretando um dano real às pessoas e suas relações;
- na qual só pode ser entendido, analisado as suas raízes dentro dos conflitos sociais, seus problemas e desigualdades, e;
- que necessita de uma resposta social.

A justiça criminal e a Justiça Restaurativa entendem que o crime provoca a raiva e o ressentimento (no mínimo o senso de injustiça) nas vítimas e na comunidade onde ocorreu o delito. Em nome da justiça, algo necessita ser feito para satisfazer esses desejos e restabelecer o senso de justiça.

A pretensão convencional que os culpados pelo crime necessitam sofrer pelos danos causados, sendo aplicado pelo Estado sob a égide dos princípios da legalidade e proporcionalidade, fundamentam-se no argumento que a punição é necessária, pois é o único caminho apto a obter uma justiça criminal. Dentro desse mesmo entendimento, o questionamento de que a somente a punição é suficiente ou necessária para preencher a necessidade de justiça surge dentre os defensores da Justiça Restaurativa.²¹

Esse entendimento cria um único caminho a ser seguido para restabelecer o senso de justiça. Entretanto, os defensores da Justiça Restaurativa nos convidam a pensar diferente. Apontam que o processo falha ao excluir das vítimas a possibilidade de participação e voz, não preenchendo as suas necessidades e afirmam que a justiça restaurativa não se realiza quando é somente realizada

²¹ Não podemos definir como a punição como uma obrigação ética, como muitos apregoam. Até pela dificuldade de se definir o que é ética no plano interno. Sabemos que a norma determina padrões de comportamentos não aceitáveis, mas sem sempre há nessa mensagem um conteúdo social. Vivemos sob a égide de um choque de valores. Um deles já sabemos empiricamente, a punição pura não soluciona o sistema, pelo contrário só o agrava e, uns mais críticos, definem que só o retroalimenta. A grande questão debatida é sem a punição viveremos? Ou enxergamos os aspectos da punição de forma equivocada?

negativamente ao transgressor, mas sim quando algo positivo é realizado para encontrar as necessidades de todos os envolvidos que sofrem os danos causados pelo crime.

A mudança no processo passa pela participação da vítima, do transgressor e de suas comunidades afetadas pelo crime, bem como o empoderamento de todas as partes. De certo, nenhuma sociedade pode sobreviver sem regras e sem a execução destas. Quando ocorre uma transgressão uma resposta necessita ser imediata até para demonstrar o caráter das regras e o respeito às normas. Por isso cabe uma reflexão profunda sobre o tema da retribuição e a restauração.

É um assunto delicado, e podemos observar que essa diferença, em alguns pontos, é um pouco exagerada. Entretanto, depende de como a punição é definida, pois se considerarmos punição cada obrigação imposta, certamente todas as iniciativas reparadoras terão o viés punitivo.

Analisando o aspecto punitivo, “punir alguém” consiste em dar um tratamento diferenciado a uma pessoa, por ela ter cometido um crime ou apenas a presunção de tê-lo feito. Podemos separar em 3 elementos: a punição severa, onexo causal e intenção de punir. O cerne da questão é a intenção do aplicador da punição e não a experiência sofrida por quem é punido. A punição na Justiça Restaurativa é somente a razão para uma possibilidade de redução da obrigação, nunca um acréscimo. Nos viés retributivo, pelo contrário, a punição é o carro chefe e sua aplicação pode aumentar ou diminuir de acordo com a proporção do crime.

O sistema punitivo é o ato de poder para expressar a desaprovação, e possibilita a submissão, porém é neutro quando chegar nas questões dos valores. No sistema restaurativo, a vítima e as conseqüências sociais são incluídas, e não é moralmente neutro, na medida em que embute valores na busca pelo restabelecimento social.

3. Justiça Restaurativa: Aproximação do Conceito e objetivos

Não temos que fazer do Direito Penal algo melhor, mas sim que fazer algo melhor do que o Direito Penal.²²

Gustav Radbruch

A justiça restaurativa é uma nova maneira de abordar a justiça penal, que enfoca a reparação dos danos causados às pessoas e a comunidade, ao invés de “apenas” punir os infratores. A partir deste entendimento, há o fortalecimento ou *empowerment*²³ daqueles afetados por uma transgressão,

²² SLAKMON, C., R. De Vitto, e R. Gomes Pinto, org. *Justiça Restaurativa*. Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/reforma/pdf/publicacoes/Livro%20Justi%20E7a%20restaurativa.pdf>>. Acesso em: 20 de jun de 2007.

_____.PINTO, Renato Sócrates Gomes. *Justiça Restaurativa - É possível no Brasil?*

²³ O presente termo não significa apenas “Apoderamento”. O conceito deve ser ampliado e entendido como apropriação ou recuperação de poder. Poder esse, de diálogo entre as partes envolvidas no conflito, na qual existe a possibilidade de

ou seja, as partes, na qual no momento da reparação detém o potencial de aumentar a coesão social, cada vez mais fragmentada.

É mister ressaltar que a justiça restaurativa não tem o condão de substituir o sistema de justiça tradicional, é um complemento, e muito menos veio com a missão a resolver a todos os problemas da Justiça Brasileira. Assim, temos dois modelos de Justiça, retributiva e restaurativa, na qual funcionam mutuamente (figura 1), abaixo:

MODELOS DE JUSTIÇA RESTAURATIVA

O sistema convencional (retributivo) e a justiça restaurativa operam lado a lado, seus processos se complementam e, por conta de necessidades de ordem prática, freqüentemente cooperam e obtêm os

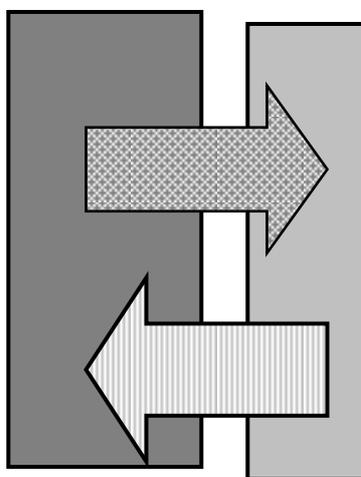


Figura 1. Modelos²⁴

Conforme já salientado, a Justiça Restaurativa trabalha em sintonia com o sistema vigente. A intervenção restaurativa pode ocorrer em qualquer estágio do processo criminal, entretanto em algumas instancias é necessária alteração legislativa. Em termos gerais, temos 4 (quatro) pontos principais na qual a o processo restaurativo pode ser iniciado:

- Nível Policial (pre-charge);
- Nível Acusatório (post-charge but usually before a trial);
- Nível Processual (either at the pre-trial or sentencing stages);
- Nível Execução (as an alternative to incarceration, as part of or in addition to, a non-custodial setence, during incarceration, or upon release from prison).

afastar o efeito estigmatizante do direito penal, oferecendo soluções adequadas ao convívio social, bem como se afastando das soluções ineficazes do modelo tradicional.

²⁴ SLAKMON, C.; MACHADO, Maíra R. e BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Orgs.). Nova direções na governança da justiça e da segurança. Brasília - DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD, 2005. p. 549.

_____. NETO, Pedro Scuro. *Justiça Restaurativa: desafios políticos e o papel dos juízes*.

O presente modelo não se apresenta como a solução de todos os males, e nem é materialmente possível que atenda todas as necessidades pessoais ou coletivas dos envolvidos. Os participantes são informados sobre a atuação da justiça restaurativa, e quais expectativas são apropriadas para o processo restaurativo, já que os resultados restaurativos passam pelo crivo do Judiciário.

A justiça restaurativa e suas práticas consubstanciam uma nova maneira de tratar as questões penais, pois sempre está em constante desenvolvimento, acompanhando o tecido social, na qual é complexo e dinâmico.

O modelo traduz-se pela confrontação das partes envolvidas no conflito, com a utilização instrumental da mediação, por fórmulas, programas e procedimentos que devem observar os direitos fundamentais do infrator.

Mesmo tratando-se de um modelo novo e de crescente adaptação, traz vantagens para todos os envolvidos no fenômeno criminal. Ao infrator porque gera o amadurecimento pessoal e, por conseguinte, sua conscientização²⁵, a partir do embate direto com as conseqüências geradas a vítima, predispondo-o ao comprometimento na solução dos problemas que causou, fato este, que não ocorre no processo penal tradicional, na qual encontra-se distante e alheio ao fato, protegido por regras processuais rígidas, que dilui a realidade do dano e neutraliza a vítima, desumanizando a relação social intrínseca ao comportamento delitivo.

A justiça restaurativa é um processo colaborativo na qual envolve aqueles afetados mais diretamente por um crime, ou seja, infrator, vítima e familiares, chamados de “partes interessadas principais”, para determinar qual a melhor forma de reparar o dano causado pela atividade delituosa.

A proposta teórica da justiça restaurativa é composta de três estruturas conceituais distintas, relacionadas entre si: *Social Discipline Window*²⁶ - Janela de Disciplina Social; *Stakeholder Roles*²⁷ - Papel das Partes Interessadas e *Restorative Practices Typology*²⁸ - Tipologia das Práticas Restaurativas.

²⁵ É um “ato de conhecimento”, que implica a revelação gradual da realidade, na qual seu desenvolvimento permite a criação uma consciência crítica ativa. Na reflexão sobre si próprio em que o sujeito, numa dinâmica de compreensão, demonstra sua forma de expressar e entender o mundo, transformado-o num objeto de si próprio, o que permite tornar a sua consciência mais crítica, mudando suas atitudes e formas de agir. A conscientização gera ações de formação e de transformação da sociedade numa sociedade participativa de alto apoio social.

²⁶ WACHTEL, Ted e MCCOLD, Paul. Op. Cit.

_____. WACHTEL, Ted, e MCCOLD, Paul. *Restorative justice in everyday life*. In J. Braithwaite and H. Strang (Eds.), *Restorative Justice in Civil Society*. New York: Cambridge University Press, 2000.

_____. WACHTEL, Ted. *Real Justice: How to Revolutionize our Response to Wrongdoing*. Pipersville, PA: Piper’s Press, 1997.

²⁷ WACHTEL, Ted e MCCOLD, Paul. Op. Cit.

_____. MCCOLD, Paul. *Restorative justice and the role of community*. In B. Galaway & J. Hudson (Eds.), *Restorative Justice: International Perspectives*. Monsey, NY: Criminal Justice Press, 1996.

_____. MCCOLD, Paul. *Toward a mid-range theory of restorative criminal justice: A reply to the Maximalist model*. *Contemporary Justice Review*, 2000.

²⁸ WACHTEL, Ted e MCCOLD, Paul. Op. Cit.

_____. MCCOLD, Paul, e WACHTEL, Ted. Restorative justice theory validation. In E. Weitekamp and H-J. Kerner (Eds.), *Restorative Justice: Theoretical Foundations*. Devon, UK: Willan Publishing, 2002.

_____. WACHTEL, Ted. *Restorative practices with high-risk youth*. In G. Burford & J. Hudson (Eds.). *Family Group Conferencing: New Directions in Community Centered Child & Family Practice*. Hawthorne, NY: Aldine de Gruyter, 2000.

3.1 *Social Discipline Window* - A Janela de Disciplina Social

A Janela de Disciplina Social parte do pressuposto que todos possuem um cargo de autoridade na sociedade, e dentro de sua cota de responsabilidade, necessitam tomar decisões acerca da manutenção da disciplina social, por exemplo, relações familiares, magistério, magistratura, funções de um cargo gerencial, políticas públicas, dentre outras, ou seja, em todas as situações cotidianas há uma manifestação de poder.

A partir dessa análise, elaborou-se um gráfico representativo da disciplina do tecido social, ou seja, da atuação de todos dentro da Sociedade, incluindo o representante dela, o Estado. Vejamos abaixo:



Figura 2. Janela de Disciplina Social²⁹

O eixo vertical representa os níveis de controle social e da mesma forma, eixo horizontal representa os níveis de apoio social. Dentre suas especificidades, caracteriza-se por um alto controle social, a definição e aplicação de limites e a austera imposição de padrões de comportamento, ao passo que a mitigação dos padrões comportamentais e a fragilidade na aplicação dos limites

²⁹ WACHTEL, Ted e MCCOLD, Paul. Op. Cit.

caracterizam um baixo controle social. A participação ativa e preocupação pelo bem-estar coletivo caracterizam o alto apoio social. A baixa participação ou falta de encorajamento, condições mínimas para subsistência, caracterizam o baixo apoio social.

A partir deste fato, a Janela de Disciplina Social define quatro atuações do comportamento: punitiva, permissiva, negligente e restaurativa. Dentre as quais destacamos:

- A atuação punitiva, com alto controle e baixo apoio, chamada de “retributiva”, tem por tendência a intimidação e o estigma, na qual gera rótulos e excluídos.
- A atuação permissiva, com baixo controle e alto apoio, chamada “reabilitadora”, tem por fim a proteção das pessoas das conseqüências de seus comportamentos equivocados.
- A atuação negligente, com baixo controle e baixo apoio, é caracterizada pela indiferença e passividade.
- A atuação restaurativa, com alto controle e alto apoio, enfrenta e combate as transgressões ao passo que reconhece e legitima os valores, e há a participação do transgressor. É da essência da justiça restaurativa a resolução de conflitos de forma colaborativa.

No tocante as palavras NADA, PELO, AO E COM, Paul Mccold, e Ted Wachtel, acrescentam:

se NEGLIGENTE, NADA faz em resposta a uma transgressão. Se PERMISSIVA, tudo faz PELO transgressor, pedindo pouco em troca e criando desculpas para as transgressões. Se PUNITIVA, as respostas são reações AO transgressor, punindo e reprovando, mas permitindo pouco envolvimento ponderado e ativo do mesmo. Se RESTAURATIVA, o transgressor encontra-se envolvido COM o transgressor e outras pessoas prejudicadas, encorajando um envolvimento consciente e ativo do transgressor, convidando outros lesados pela transgressão a participarem diretamente do processo de reparação e prestação de contas.³⁰

As práticas restaurativas proporcionam, àqueles que foram lesados ou vitimados por um crime, a oportunidade de se reunir para expressar suas percepções, suas versões, seus sentimentos, suas necessidades e, conjuntamente, participam no desenvolvimento da solução para determinado litígio com objetivo de reparar os danos gerados e evitar a reincidência do fato. A abordagem restaurativa é reintegradora à medida que retira a visão estigmatizante da culpa, o efeito psicológico da norma.

3.2 *Stakeholder Roles* - O Papel das Partes Interessadas

As partes interessadas no processo restaurativo se subdividem em partes interessadas principais e parte interessadas secundárias. As partes interessadas principais são as bases da relação processual, constituídas pelas vítimas e os acusados. No entanto, a prática restaurativa permite que aqueles que têm uma relação emocional significativa com a vítima ou acusado, tais como

³⁰ WACHTEL, Ted e MCCOLD, Paul. Op. Cit.

familiares, amigos, colegas, professores, dentre outros, inserido na esfera causada pelo delito, também sejam considerados diretamente afetados. São formadas “comunidades” de assistência a vítimas e acusados. Cada delito gera uma diversidade de soluções e necessidades específicas, na qual só com a participação ativa das “comunidades” serão capazes para chegar a um acordo restaurativo com alto índice reparatório e a satisfação de todos os interessados, delineando as medidas que serão tomadas para coibir novos delitos e de que forma vítimas e acusados serão reintegrados às suas “comunidades” e por conseqüência a sociedade.

Já as partes interessadas secundárias ou indiretas, por exemplo, os vizinhos, organizações religiosas, educacionais, sociais ou empresariais, ou seja, contidas no círculo de responsabilidade, na qual incluem os locais do fato e/ou as pessoas afetadas pelo delito, diferenciam-se por não haver o elo emocional entre as vítimas e acusados, e assim, não devem interferir diretamente no processo de reconciliação e reparação, ou seja, assumindo o papel das partes interessadas principais. A resposta restaurativa para as partes interessadas secundárias deve ser a de apoiar, facilitar, e colaborar com os processos, tendo em vista que a determinação do acordo dar-se-á pelas partes interessadas principais. Acrescentando, a representação máxima da sociedade em todas as esferas (governo federal, estadual e municipal), também é parte interessada secundária.

Importante registrar, dentro do acordo restaurativo, que o dano causado às todas partes interessadas secundárias é indireto e impessoal, assim como suas necessidades são coletivas e não específicas. Por fim, torna-se um processo educativo, na medida em que têm ciência do delito, todos participando ativamente para solucionar e evitar a reincidência, gera uma experiência para toda coletividade, reafirmando sua cidadania e o preenchimento de suas necessidades.

Estes processos têm como escopo a reintegração entre vítimas e acusados, fortalecendo a comunidade, reafirmando a cidadania, bem como o fortalecimento da capacidade dos cidadãos de solucionarem seus próprios problemas, ou seja, atuando de forma preventiva ao crime.

Vejamos a tabela, figura 2, na qual que representa o exposto acima:

	Dano	Necessidades	Respostas
PARTES INTERESSADAS PRINCIPAIS			
Vítima(s)	direto	específicas	ativas
Transgressor(es)	direto	específicas	ativas
Famílias+	direto	específicas	ativas
PARTES INTERESSADAS SECUNDÁRIAS			
Vizinhos+	indireto	coletivas	dando apoio
Autoridades+	indireto	coletivas	dando apoio

Figura 2. O Papel das Partes Interessadas³¹

A partir do “apoderamento” das partes interessadas principais, todos os atores têm a oportunidade de expressar seus sentimentos e ter uma voz ativa no processo restaurativo. As vítimas são prejudicadas pela ineficiência da resposta estatal ao fenômeno criminal, e ainda sofrem com efeitos da vitimização. A partir do fato consumado, os acusados quebram a relação de confiança com sua “comunidade”, prejudicando seu relacionamento. A prática restaurativa surge para recompor essa quebra de confiança, do qual o seu “apoderamento” gera uma igualdade de partes para que seja assumida e apreendida a responsabilidade por suas más condutas, e por consequência a participação ativa na reparação do dano, alterando a ótica patrimonial da reparação.

3.3 *Restorative Practices Typology* - A Tipologia das Práticas Restaurativas

Retomando o exposto, a justiça restaurativa é um processo que envolve as partes interessadas principais na decisão de como reparar o dano causado por um delito. As partes interessadas secundárias atuam no apoio e colaboração do processo restaurativo sem interferir nas decisões. As três partes interessadas principais são as vítimas, os acusados e suas “comunidades” de assistência, cujas necessidades e objetivos são, respectivamente: a reparação do dano, a conscientização da responsabilidade e a reconciliação. Paul Mccold e Ted Wachtel, registram que “o nível de envolvimento das três determinará o grau em que qualquer forma de disciplina social poderá ser chamada adequadamente de restaurativa”.³²

Os três grupos de partes interessadas principais, figura 3, são representados pelos três círculos do conjunto abaixo:

³¹ WACHTEL, Ted e MCCOLD, Paul. Op. Cit.

³² WACHTEL, Ted e MCCOLD, Paul. Op. Cit.

Tipos e Graus de Práticas de Justiça Restaurativa



Figura 3. A Tipologia das Práticas Restaurativas³³

Em cada conjunto acima temos; as vítimas, os transgressores e suas “comunidades” de assistência e como se realiza essa interação entre eles e a prática Restaurativa. É de clara percepção que através de participações unilaterais não se chegará a composições aptas a restaurar e suprir todos os interesses imediatos e mediatos de todos os envolvidos no fenômeno criminal. No entanto, se as práticas da justiça penal envolverem somente um dos grupos, como no caso do assistencialismo unilateral, o processo passa a ser “parcialmente restaurativo”. Ao passo que será “na maior parte restaurativo” se a participação da a vítima e o do infrator no processo de mediação sem ocorrer sem a participação de suas “comunidades” assistenciais. Na interseção dos três conjuntos, é onde se situa o processo é “totalmente restaurativo”, ou seja, onde ocorre a restauração máxima³⁴, posto que os três grupos participam ativamente, como em conferências ou círculos. É cediço que não é possível todos os casos há a possibilidade da reunião imediata de todos os grupos,

³³ WACHTEL, Ted e MCCOLD, Paul. Op. Cit.

³⁴ Expressão utilizada quando há o máximo aproveitamento dos programas e procedimentos adotados, seja na mediação, na reparação do dano, a reintegração do infrator ao seio da coletividade, recuperando a quebra de confiança gerada a sua comunidade assistencial.

por isso a Justiça Restaurativa adota diversos procedimentos no caso concreto para atingir seus objetivos.

No campo dos *processos* restaurativos, a responsabilização deve ser o valor restaurativo de maior grau de importância no sentido de alcançar os objetivos propostos no procedimento da justiça restaurativa. A busca da restauração deve estar pautada no reconhecimento das conseqüências da transgressão e seu compromisso com a reparação, não só exclusividade da parte infratora, mas sim de todas as partes envolvidas diretamente ou indiretamente no conflito, bem como os operadores da justiça restaurativa, o Poder Judiciário e os Governos nas três esferas de atuação.

A responsabilidade integral, ou seja, responsabilidade individual e a co-responsabilidade, valores estes contidos na dimensão da cultura de paz, são observadas como um agrupamento de outros valores.

3.4 Procedimentos Restaurativos

3.4.1 Escuta restaurativa

É a fase inicial do todo processo restaurativo. Os participantes necessitam ouvir ativamente sem emitir julgamentos. Fim precípua para contribuir com a reflexão sobre o problema, bem como que as próprias partes encontrem soluções ou alternativas para sanar o litígio.

O professor Pedro Scuro, salienta:

Ouvir de modo ativo e sem julgar é virtude básica de todo coordenador de processos restaurativos. Por isso é absolutamente fundamental que o coordenador não procure dominar a discussão e dar prioridade a sua própria agenda, usando o encontro para assuntar, fazer investigação, extrair confissão ou desculpa, comportando-se como se fosse o centro das atenções ou quisesse que os presentes o reconhecessem como tal e se recolhessem à condição de observadores passivos.³⁵

Esse ouvir “restaurativo” facilita a todos os participantes à medida que eles exponham seus pontos de vista e suas versões, viabilizando o debate saudável entre os envolvidos.

Recomendações:

1. Ouça com atenção e receptividade. Antes de expressar seu próprio ponto de vista, escute e mostre que entendeu o que foi dito, mesmo se não concorda ou sabe que não é verdade;
2. Convide e explique os objetivos da conversa. Explique que tipo de conversa pretende ter, ajudando o interlocutor a cooperar com você e a evitar desentendimentos;
3. Procure se expressar com clareza e de forma integral. Fale devagar e dê ao outro toda informação acerca do que está sentindo ou pensando;
4. Traduza suas críticas e reclamações (e a dos outros) em termos de reivindicações e procure explicá-las;
5. Faça perguntas de modo aberto e criativo. Tente articular suas atividades com as dos outros;

³⁵ Idem.

6. Exprese consideração, gratidão, prazer, positivismo e encorajamento;
7. Concentre-se no aprendizado contínuo, incorporando as recomendações anteriores ao seu cotidiano.³⁶

3.4.2 Debate restaurativo

É um encontro específico com o objetivo de resolver as situações mais complicadas, na qual há um desequilíbrio entre as partes envolvidas. Exige de todos a acuidade na percepção dos sentimentos e necessidades envolvidas, a fim de entender os reais motivos que ensejaram a conduta delitativa.

3.4.3 Mediação restaurativa

É um encontro para os casos em que há uma mútua troca de acusações, ou seja, em ocasiões em que um credita no outro a causa do litígio. A figura do mediador é de imparcialidade, contribuindo com as partes para que elas equacionem uma solução consensuada.

3.4.4 Mediação vítima-transgressor

É um encontro restaurativo na qual são incentivadas, por intermédio do mediador imparcial, as partes o reconhecimento do problema, bem como sua reconciliação e responsabilização.

3.4.5 Círculos restaurativos

É uma reunião com intuito de unir as partes para que juntos solucionem o litígio por meio da reconciliação, do respeito, da confiança e responsabilização e do reconhecimento. Metodologia utilizada baseada na observação do Coordenador, no sentido em que envolver as partes envolvidas e as partes afetadas por um litígio ensejará a melhor resolução para tal.

3.4.6 Câmaras restaurativas ou conferencing

É o encontro no qual já há o reconhecimento do erro por parte do transgressor e a vítima. Há o entendimento entre as partes, para que juntas cheguem a um denominador comum, gerando meios de reparar o dano causado. A vítima, o transgressor e as suas “comunidades” assistenciais participam do encontro, bem como as partes interessadas secundárias na tentativa de contribuir na feitura do acordo e sua efetividade.

3.4.7 Câmaras de família

³⁶ Idem.

É uma reunião promovida para unir as partes, baseada no respeito mútuo, na confiança, no reconhecimento e no entendimento. Metodologia aplicada na percepção do coordenador, no sentido de ser necessária a reunião de todos na resolução do litígio.

A aproximação da teoria, e o contorno de seus objetivos, apresenta-nos uma resposta abrangente e significativa de que forma podemos combater a crescente demanda e atuação de forma mais eficaz na resolução dos conflitos, gerando uma ruptura na forma tradicional de lidar com os ilícitos penais, ou seja, a mudança de rumo e a quebra do paradigma punitivo. Em breve resumo, a Janela de Disciplina Social traduz como transformar o conflito em cooperação de toda a sociedade. A definição dos Papéis das Partes Interessadas Principais salienta que para chegar a reparação do dano, dos sentimentos, das relações, e recuperação da quebra de confiança à comunidade, requer o fortalecimento ou “apoderamento” delas, ou seja, dando-lhes voz ativa e igualdade de condições, por serem afetadas diretamente. Assim como a Tipologia das Práticas Restaurativas demonstra que o processo restaurativo é eficaz ou restaurativo máximo quando há a participação da vítima, do infrator e das “comunidades” assistenciais, fundada na responsabilização, sendo extremamente necessária à reparação do dano causado pelo ato criminoso.

4. Justiça Restaurativa: análise Práticas

Feitas as considerações sucintas acerca das questões teóricas da justiça restaurativa, é de suma importância, sob pena esvaziar a discussão em torno da noção de aplicabilidade e sustentabilidade do sistema, delinear seus contornos práticos. Inicialmente cabe ressaltar que a prática restaurativa é voluntária, no que se refere participação das partes interessadas, e estes devem ser encorajados a participar do processo restaurativo, entretanto é imperioso que haja o consenso em relação aos fatos relativos à infração e conscientização da responsabilidade por parte do infrator.

A marca principal do sistema é a sua diversidade de fórmulas e programas, tais como a realização de círculos, painéis e conferências restaurativas, mediação, entre outros métodos; o procedimento é flexível, e se adaptam as condições necessárias à feitura do acordo restaurativo, já que este se ajusta à realidade das partes interessadas, afastando as regras rígidas, formais e complexas, características do sistema tradicional.

Outro ponto, de profunda relevância, é a não exigência de um momento rigidamente definido no organograma procedimental para sua realização, ou seja, a prática restaurativa pode anteceder a próprio oferecimento da denúncia, antes ou após a sentença ou no curso da própria execução da pena, entretanto sua aplicabilidade é condicionada a existência de indícios que sustentem o recebimento de uma acusação formal, ou seja, é uma “condição de procedibilidade”. Todas as fases do processo restaurativo possuem o mesmo grau de importância, assim desde preparação do caso, que engloba as ações que serão adotadas antes da realização da prática restaurativa, o momento da realização das conferências, painéis, e círculos, bem como a execução e monitoramento do acordo, bem como avaliação posterior.

O professor Renato Sócrates Pinto, contribui:

para que se tenha condições de lograr bons resultados na aproximação da vítima e ofensor, deve ser dispensada cuidadosa seleção e preparação do caso para a realização da prática restaurativa, o que inclui análise pormenorizada dos autos e outros atos investigativos voltados ao conhecimento das suas circunstâncias, o que deve ser efetuado por profissional

dotado de conhecimento multidisciplinar e capacitação específica, a fim de se confirmar a possibilidade de aplicação da prática àquele caso concreto.³⁷ (grifo nosso)

Após o contato preliminar com as partes envolvidas, que visa à adequação do caso a prática, bem como todo o esclarecimento do funcionamento da prática restaurativa, e a identificação de todas as partes interessadas principais e secundárias. Segue-se ao segundo momento, na qual ocorre a reunião³⁸ da vítima, o transgressor e os técnicos responsáveis pela condução dos trabalhos, denominados facilitadores³⁹, e também, familiares ou pessoas próximas, representantes da comunidade, e os advogados das partes interessadas⁴⁰, se for necessário. No tocante aos facilitadores⁴¹, não há uma regra específica, entretanto, os mediadores restaurativos ou facilitadores devem ser preferencialmente psicólogos ou assistentes sociais, porém nada impede que sejam pessoas ligadas à comunidade da vítima e do infrator, pois na medida em que tenham a mesma linguagem, sendo capacitados para tal, certamente terão mais recursos para um efetivo acordo restaurativo.

O processo restaurativo divide-se em duas etapas, a primeira, na qual são ouvidas todas as partes interessadas acerca dos fatos ocorridos, suas causas e conseqüências, e, a segunda, onde as partes interessadas apresentam, debatem o plano de restauração definindo as linhas mestras do acordo restaurativo.

Neste momento, a atuação dos facilitadores é crucial, pois suas ações não podem caminhar no sentido, dele próprio, propor a solução, mas sim conduzir as partes, por si mesmas, no sentido de encontrar a solução mais adequada ao caso concreto. O professor Renato Sócrates Pinto, registra:

O eventual acordo obtido na prática restaurativa deve ser redigido em termos precisos e claros, sendo que as eventuais obrigações nele estampadas devem ser razoáveis, proporcionais e líquidas, devendo prever as formas de se garantir o cumprimento e a fiscalização das condições nele estatuídas.⁴²

Na mesma esteira, Renato Sócrates Pinto, acrescenta:

A impossibilidade de obtenção de um acordo restaurativo, igualmente, não pode ser utilizado como fundamento para o agravamento da sanção imposta ao ofensor.⁴³

Outro fator importante é o resguardo do sigilo de todas as discussões durante o processo restaurativo, e seu teor não pode ser divulgado, muito menos servir de base para atos subseqüentes do processo, o que inclui a própria admissão da responsabilidade. Relembrando que o acordo restaurativo, está sujeito à análise judicial antes de sua homologação.

³⁷ SLAKMON, C., R. de Vitto, e R. Gomes Pinto, org., 2005. Op. Cit.

_____.PINTO, Renato Sócrates Gomes. *Justiça Restaurativa - É possível no Brasil?*

³⁸ O ambiente, onde será realizado o processo restaurativo, deve ser preferencialmente em local neutro para as partes, onde garanta sua segurança física e emocional.

³⁹ São formados por profissionais capacitados a prática restaurativa e técnicas de mediação restaurativa, dentre eles de preferência; psicólogos, assistentes sociais, advogados e sociólogos.

⁴⁰ O direito a assistência jurídica é assegurado às partes, em qualquer etapa do procedimento restaurativo.

⁴¹ Em contraposição ao JECrim, na qual temos conciliadores escolhidos entre estudantes de direito sem qualquer preparo ou legitimidade social.

⁴² SLAKMON, C., R. De Vitto, e R. Gomes Pinto, org., 2005. Op. Cit.

⁴³ Idem.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por isso tudo, vocês devem tomar consciência de que agora, mais do que nunca, é preciso estudar, ler e pensar. Os cursos jurídicos de pós-graduação devem estar na cogitação dos bacharéis. O profissional do direito tem que se aprimorar constantemente e não pode deixar de conhecer criticamente a realidade sobre a qual vai atuar. Vale dizer, que não basta conhecer o direito. Tem ele uma responsabilidade social ainda maior do que os outros profissionais em geral. É preciso inserir o projeto pessoal em um contexto social mais amplo. O conhecimento do qual nos apossamos deve reverter, de alguma maneira, para a melhoria das relações travadas na sociedade em que vivemos. Aqui também a propriedade, a do conhecimento científico, deve desempenhar uma função social.⁴⁴

O presente artigo tem como proposta trazer uma nova visão frente à inércia do sistema retributivo em dar respostas eficientes ao fenômeno criminal. Uma questão que nos é posta: é possível lidar com a violência sem violência, dentro de uma cultura de paz, na qual se pauta a busca do ser humano, em sua natureza solidária, o seu comprometimento real pela busca da paz?

Luís Alberto Warat nos responde quando diz:

A realidade não é outra coisa que uma dimensão do imaginário social. É um produto da cultura. Outro tanto poderia dizer-se da verdade. Nesse sentido, a realidade é o produto da institucionalização de alguns hábitos imaginativos. Estamos diante de um conglomerado de ficções que estabelecem inconscientes barreiras à nossa capacidade de sonhar.⁴⁵

Seguindo as palavras de Warat, na qual expressam uma pseudo-realidade (“imaginário social”) que é alimentada por uma “violência simbólica”, pela violência da “retórica do invisível”, que circunscreve em nossos sentimentos e emoções os efeitos “alienantes do discurso do poder”, é por via da “linguagem que a realidade é recriada, (...) aclimatando (acomodando) os desejos ao poder, aniquilando a autonomia do desejo e adestrando os comportamentos”.

Apesar de tais barreiras alienantes, é necessária a busca da mudança de paradigma, utilizando-se de umas das formas de linguagem – as palavras - para superar a cultura de violência vigente, contribuindo para “recriar” a realidade no “imaginário social”. Sabemos que é possível lidar com a violência sem violência, dentro de uma cultura paz na qual se pauta a busca do ser humano, em sua natureza solidária, o seu comprometimento real pela busca da paz.

A justiça restaurativa se propõe a ser uma nova ferramenta na composição do conflito, sem retroalimentar a violência, na busca pela harmonização dos conflitos e as necessidades de todas as partes envolvidas, sem exclusão, promovendo uma efetiva reflexão, o *accountability*.

No Brasil, a implementação da justiça restaurativa dar-se-ia perfeitamente, em espaços comunitários ou centros integrados de cidadania⁴⁶, onde seriam instalados Núcleos de Justiça

⁴⁴ JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p.10.

⁴⁵ FILHO, Antônio Mendonça Barbosa. *Re-semantizando o conceito de arbitrariedade do signo lingüístico: nas veredas de uma análise do processo de exclusão pelo discurso na obra a metamorfosedo Franz Kafka*. Disponível em: <http://www.portrasdasletras.com.br/pdtl2/sub.php?op=artigos/docs/arbitrariedadesigno#_ftn1>. Acessado em: 15 de jul de 2007.

⁴⁶ Discorrendo acerca das alternativas ao engessamento da lei 9.099/95, apresenta-nos um manancial de localidades para a prática restaurativa: “Uma alternativa viável é a implantação do projeto de Casas de Conciliação, nas quais as partes

Restaurativa. Para um funcionamento eficaz, os Núcleos devem estar em plena sintonia com a rede social de assistência, com apoio dos órgãos governamentais, das empresas e das organizações não governamentais; ademais, a reparação do dano e a conscientização interessa a todos e, pela prática restaurativa, todos participarão, em escalas diferenciadas, do processo restaurativo.

É perfeitamente possível utilizar estruturas das Faculdades Públicas ou Particulares, do Fórum, de ONG'S, regiões administrativas, sub-prefeituras, CIC's, dentre outras, desde que possuam toda a estrutura apropriada. Contudo, é importante registrar o respeito à neutralidade dos espaços comunitários, para um eficaz encontro restaurativo, observando sempre os direitos e as garantias individuais das partes envolvidas.

Nesse sentido, os resultados da Justiça Restaurativa serão tão mais eficazes quanto mais o procedimento assegurar, em termos práticos, fidelidade aos valores restaurativos e o comprometimento real de todas as partes envolvidas. Entretanto, se os juízes não adotarem uma postura diferenciada, assumindo compromissos sociais, acabarão por dificultarem todo o processo.

Mister ressaltar a participação das três esferas de poder atuando diretamente na ruptura dos “quistos sociais” para ensejar o acesso à justiça. O procedimento restaurativo pode gerar um ganho qualitativo na solução e administração de conflitos, porém devem ser objeto de criterioso monitoramento e avaliação, a fim de que as boas práticas sejam fomentadas e difundidas. Esse é um desafio de todos nós. Não se trata de uma proposta utópica, pois grandes avanços são obtidos com a aplicação dos postulados da educação e da cidadania.

Verificamos que a Justiça Restaurativa é perfeitamente compatível ao sistema brasileiro e necessária, haja vista a incapacidade do sistema de justiça criminal tradicional em reduzir os índices de violência e criminalidade, gerando, na sociedade, uma desesperada demanda pela exarcebação punitiva, acrescentando o poder de influência da *mídia* sensacionalista, mobilizando a opinião pública, produzindo uma sensação geral de insegurança.

Nosso sistema, em que pesem algumas reformas, continua deficiente, aumentando a cada dia a descrença nas instituições democráticas. A implementação da Justiça Restaurativa e seus institutos, como oportunidade de uma justiça criminal participativa, abre caminho para uma nova

envolvidas nos conflitos seriam atendidas por mediadores, psicólogos, sociólogos e assistentes sociais a fim de realização da mediação. Após este primeiro atendimento, as partes seriam encaminhadas ao Judiciário para a audiência preliminar. Outras alternativas também podem contribuir para a existência de um real processo de conciliação/mediação. O Movimento Antiterror pleiteia em sua carta de princípios a construção de "Centros Integrados de Cidadania (CICs) a fim de reocupação, pelo Estado, nas periferias das grandes cidades, das áreas abandonadas pelo poder público e a implementação de políticas na área social, redutoras da violência e da criminalidade. Incumbe ao Estado prover equipamentos para tornar possível a reestruturação de espaços públicos, sobretudo escolas, à disposição das comunidades fora dos horários curriculares para estimular vários tipos de aprendizado e lazer. As ações preventivas devem ser conjugadas entre a comunidade e a polícia para se alcançar resultados positivos assim como ocorreu no Jardim Ângela, onde a criminalidade apresentou acentuada redução após a instalação de postos de policiamento e esporte. Outra experiência deve ser mencionada. Ela ocorre em ponto limítrofe do município de São Paulo, no bairro de Itaim Paulista, com o funcionamento de um Centro de Integração da Cidadania (CIC), reunindo o Juizado Especial Cível, Ministério Público, Delegado de Polícia, destacamento da Polícia Militar, agência do Procon e auxiliares técnicos (assistentes sociais e psicólogos). Em face da presença desses agentes e de benéfica atuação, os conflitos passaram a ter mediação acessível. O Movimento Antiterror também sugere os Plantões sociais em Delegacias de Polícia. A criação dessa modalidade de plantão nas Delegacias de Polícia reunindo assistentes sociais, insere-se num conjunto de medidas de prevenção da criminalidade mais grave e revela a atuação moderadora do Estado em conflitos de rotina.” (WUNDERLICH, Alexandre. Op. Cit.)

forma de promoção dos direitos humanos e da cidadania, da inclusão e da paz social, observando sempre a dignidade humana.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRANCHER, Leoberto e AGUINSKY, Beatriz. *Projeto Justiça para o Século 21*. Disponível em: <http://www.justica21.com.br/j21/webcontrol/upl/bib_241.doc>. Acesso em: 25 de jun de 2007.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, *Bryant*. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CAVALCANTI, Rosângela Batista. *Cidadania e Acesso à Justiça*, São Paulo: Idesp, 1999.

Federal-Provincial-Territorial Working Group on Restorative Justice. Disponível em: <<http://canada.justice.gc.ca>>. Acesso em: 25 de out de 2006.

GOMES, Luiz Flavio. *Justiça penal restaurativa: conciliação, mediação e negociação*. Disponível em: <<http://www.blogdolfg.com.br/article.php?story=20070620093429269>

&query=restaurativa>. Acesso em: 20 de jan de 2007.

GOMES, Luiz Flávio e MOLINA, Antonio García-Pablos. *Criminologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. Disponível em: <<http://www.justicavirtual.com.br/artigos/art148.htm>>. Acesso em: 10 de jul de 2007.

GRECO, Leonardo. *O Acesso ao Direito e à Justiça*. Disponível em <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=420>. Acesso em: 23 de jun de 2007.

GUIMARÃES, Marcelo Rezende. *Desafios para a construção de uma cultura de paz*. Disponível em: <[http://www.comunidadessegura.org/files/active/0/Desafios%20para%](http://www.comunidadessegura.org/files/active/0/Desafios%20para%20a%20construção%20de%20m%20cultura%20de%20paz.pdf)

[20a%20construção%20de%20m%20cultura%20de%20paz.pdf](http://www.comunidadessegura.org/files/active/0/Desafios%20para%20a%20construção%20de%20m%20cultura%20de%20paz.pdf)>. Acesso em 15 de abri de 2007.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002

MAZZILLI, Hugo Nigro. *O Ministério Público e a defesa do regime democrático*. Disponível em <http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ri/Pdf/pdf_138/r138-07.pdf>. Acesso em: 23 de jun de 2007.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO - PNUD. Relatório: *Acesso à Justiça por Sistemas Alternativos de Administração de Conflitos*. Disponível em <<http://www.mj.gov.br/reforma/pdf/publicacoes/Relatório%20Sistemas%20alternativos.pdf>>. Acesso em : 20 de jun de 2007.

NAVES, Nilson. *Acesso à Justiça*. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/numero22/abertura.pdf>>. Acesso em: 23 de Jun de 2007.

NETO, Joaquim domingos de Almeida e BITTENCOURT, Liliana. *As Penas Alternativas e o Juizado Especial Criminal*. Disponível em: <http://www.direitosfundamentais.com.br/downloads/colaborador_medidas_altertanivas.doc>. Acesso em: 20 de jun de 2007.

NETO, Pedro Scuro. *A Justiça como Fator de Transformação de Conflitos: Princípios e Implementação*. Disponível em: <<http://www.restorativejustice.org/resources/docs/scuro2>>. Acesso em: 20 de mai de 2007.

SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal - O novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime*. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2007.

SLAKMON, C.; MACHADO, Maíra R. e BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Orgs.). *Nova direções na governança da justiça e da segurança*. Brasília - DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD, 2005.

_____. MELO, Eduardo Rezende. *Comunidade e justiça em parceira para promoção de respeito e civilidade nas relações familiares e de vizinhança: um experiemento de justiça restaurativa e comunitária*.

_____. NETO, Pedro Scuro. *Justiça Restaurativa: desafios políticos e o papel dos juízes*.

SLAKMON, C., R. De Vitto, e R. Gomes Pinto, org. *Justiça Restaurativa*. Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/reforma/pdf/publicacoes/Livro%20Justi%20E7a%20restaurativa.pdf>>. Acesso em 20 de jun de 2007.

_____. MORRIS, Alisson. *Criticando os Críticos. Uma breve resposta aos críticos da Justiça Restaurativa*.

_____. MORISSON, Brenda. *Justiça Restaurativa nas Escolas*.

_____. PINTO, Renato Sócrates Gomes. *Justiça Restaurativa - É possível no Brasil?*

SULLIVAN, Dennis e TIFF, Larry. *Handbook of Restorative Justice*. New York, Routledge, 2006.

_____. *Navajo Peacemaking - Original dispute resolution and a life way*.

_____. *The foundations of restorative Justice - Section II*.

WACHTEL, Ted e MCCOLD, Paul. *In Pursuit of Paradigm: A Theory of Restorative Justice*. International Institute for Restorative Practices. Disponível em: <http://fp.enter.net/restorativepractices/paradigm_port.pdf>. Acesso em: 20 de nov de 2006.

_____.MCCOLD, Paul. *Restorative justice and the role of community*. In B. Galaway & J. Hudson (Eds.), *Restorative Justice: International Perspectives*. Monsey, NY: Criminal Justice Press, 1996.

_____.MCCOLD, Paul. *Toward a mid-range theory of restorative criminal justice: A reply to the Maximalist model*. *Contemporary Justice Review*, 2000.

_____.MCCOLD, Paul, e WACHTEL, Ted. *Restorative justice theory validation*. In E. Weitekamp and H-J. Kerner (Eds.), *Restorative Justice: Theoretical Foundations*. Devon, UK: Willan Publishing, 2002.

_____.WACHTEL, Ted. *Restorative practices with high-risk youth*. In G. Burford & J. Hudson (Eds.), *Family Group Conferencing: New Directions in Community Centered Child & Family Practice*. Hawthorne, NY: Aldine de Gruyter, 2000.

_____.WACHTEL, Ted, e MCCOLD, Paul. *Restorative justice in everyday life*. In J. Braithwaite and H. Strang (Eds.), *Restorative Justice in Civil Society*. New York: Cambridge University Press, 2000.

_____.WACHTEL, Ted. *Real Justice: How to Revolutionize our Response to Wrongdoing*. Pipersville, PA: Piper's Press, 1997.

A MEDIAÇÃO E O INTERESSE PÚBLICO AMBIENTAL

MEDIATION AND THE ENVIRONMENTAL PUBLIC INTEREST

SIDNEY ROSA DA SILVA JUNIOR

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

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo examinar como as soluções negociadas facilitadas em sede de direito ambiental se inter-relacionam com o conceito de interesse público. Atentando-se para o fato de os bens ambientais não serem titularizados por alguns indivíduos, mas, ao contrário, por toda a coletividade, situa-se a viabilidade e o espectro de incidência da mediação sobre conflitos envolvendo o meio-ambiente. Iniciado por um breve estudo da doutrina ambientalista, delimitam-se características próprias destes conflitos, precisando sua característica policêntrica e culminando na constatação da incapacidade de um sistema adjudicatório lidar adequadamente com tais questões. Assentada a exata noção de indisponibilidade afeta a questões ambientais, percorre-se um estudo acerca de métodos consensuais de solução de controvérsias utilizando-se fundamentalmente da experiência estrangeira, para, finalmente, atingir a conclusão de ser a mediação o processo mais adequado à composição de impasses afetos ao atendimento pleno de um desenvolvimento sustentável.

PALAVRAS-CHAVE: Meio Ambiente; Conflito; Policentrismo; Mediação; Consenso.

ABSTRACT

This essay aims to examine how the facilitated negotiated solutions concerning environmental law are interrelated with the concept of public interest. By paying attention to the fact that environmental goods are not property of some individuals, but rather of the society as a whole, we attempt to identify the applicability and the impact range of mediation on disputes involving the environment itself. Started by a brief study of environmental law doctrine, bounding up characteristics of these conflicts, stating its characteristic polycentric, we conceive the incapacity of an adjudication system to deal adequately with such issues. Settled the very notion of environmental interest, we face the study of consensual methods of dispute resolution, primarily based on foreign experience, to finally jump to a conclusion of being mediation the most adequated process for dealing with the impasses related to sustainable development issues.

KEYWORDS. Environment; Conflict; Polycentrism; Mediation; Consensus.

INTRODUÇÃO

A observação histórica demonstra que a ciência jurídica desenvolve-se com estímulo nas mais diversas transformações que ocorrem no âmbito social. As conquistas democráticas se petrificaram na forma de direitos e limitações, traduzindo uma esperança de garantia e proteção. O elemento

jurídico ganha relevância social e, aos poucos, vai se convertendo em instrumento de transformação social.¹ De outra sorte, o fortalecimento de um sistema econômico de cunho fortemente individualista, culminou na retirada do ser humano do foco das atenções do Direito e, sob a influência de uma idéia de massificação da sociedade decorrente de existência do que se convencionou chamar de relações globalizantes², os problemas da sociedade passaram a ser vistos sob a ótica de conflitos de massa, levando a individualidade³ a um plano secundário. Esse movimento, por muito tempo, andou junto a um sistema de implementação de direitos, que, pautado em padrões abstratos de comportamento, servia para identificar se determinadas condutas estariam ou não de acordo com o direito objetivo. A incapacidade, todavia, de este sistema atingir os escopos fundamentais dele esperados permitiu, todavia, que o pensamento jurídico iniciasse um questionamento sobre a adequação daquele instrumento para lidar com os problemas que surgiam a partir do distanciamento produzido entre a ordem jurídica abstrata (mundo do Direito) e o fato social (mundo da realidade). É neste momento de mudança que se situa o presente estudo, uma vez que o longo período em que a ordem jurídica estatal priorizou o sistema jurisdicional como método oficial de solução de conflitos, acabou por arraigar na ciência jurídica uma série de obstáculos ao desenvolvimento de outras tecnologias de pacificação social como aquelas de natureza consensual.

Apesar de se estar vivendo um momento de desabrochar dessas novas estruturas jurídicas, seu desenvolvimento concreto ainda esbarra na aparente dificuldade em compatibilizá-las com elementos dogmáticos já assentados na ciência do direito. Neste contexto, apesar de ser ainda limitada a aplicação de soluções consensuais em sede de disputas coletivas, já é possível perceber o entrave causado por uma suposta incapacidade de compatibilizar a titularidade difusa do bem jurídico em jogo com a possibilidade de autocomposição do conflito.

De forma a ilustrar os contornos do problema, tome-se a intensa controvérsia sobre a natureza jurídica do ato de ajustamento de conduta celebrado entre órgãos do Estado e causadores de acidentes coletivos, como aqueles celebrados com agentes poluidores visando a impedir ou minimizar a ocorrência do dano ambiental. Apesar de já ter sido analisada pela jurisprudência da mais alta corte do país a possibilidade de um órgão público fazer concessões sobre o direito material envolvido em uma disputa transindividual⁴, parcela considerável da doutrina somente vislumbra a possibilidade de as pessoas estatais diretamente envolvidas na discussão promoverem concessões recíprocas em suas posições, quando estas se referirem às condições de cumprimento das obrigações legais⁵, ou seja, sobre aspectos acidentais da questão principal em disputa, sob o

¹ GRAU, Eros Roberto. O direito posto e o direito pressuposto. Malheiros: São Paulo, 2005, p. 27.

² SANTOS, Boaventura de Sousa. Os Processos da Globalização *In* SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). A Globalização e as ciências sociais. 2a. ed., São Paulo: Cortez, 2002, p. 26.

³ Vista em seu aspecto positivo e multicultural, diferindo da noção de individualismo.

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 253.885/MG, 1ª T., J. 04.06.02, rel. Min. Ellen Gracie, D.J. 21.06.02, Informativo STF n. 273 (“Em regra, os bens e o interesse público são indisponíveis, porque pertencem à coletividade. É, por isso, o Administrador, mero gestor da coisa pública, não tendo disponibilidade sobre os interesses confiados à sua guarda e realização. Todavia, há casos em que o princípio da indisponibilidade do interesse público deve ser atenuado, mormente quando se tem em vista que a solução adotada pela Administração é a que melhor atenderá à últimação deste interesse”).

⁵ MILARÉ, Edis. Direito do Ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2005, p. 955 (“a esfera passível de ajuste fica circunscrita à forma de cumprimento da obrigação pelo responsável”); MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro. Malheiros: São Paulo, 2005, p. 378/379 (“...devendo a convenção com o responsável restringir-se às condições de cumprimento das obrigações...”); MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 349 (“Posto detenha disponibilidade sobre o conteúdo processual do litígio, o legitimado extraordinário não tem disponibilidade do conteúdo material da lide.”); GARCIA, Emerson. Ministério Público – Organização, Atribuições e Regime Jurídico. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 3ª edição, p. 291/292 (“A doutrina majoritária costuma afastar a tese de que o termo de compromisso de ajustamento de conduta tem a natureza jurídica de transação, pois não seria dado aos legitimados à sua celebração transigir com

argumento de estarem limitados pela presença do interesse público indisponível característico de tais controvérsias.

Não se pretende aqui simplesmente comungar com um ou outro entendimento, defendendo seus principais argumentos, e rechaçar correntes jurídicas divergentes. Na verdade o objetivo principal deste estudo é aprofundar a discussão em um âmbito mais restrito, circunscrevendo apenas os conflitos decorrentes de matéria ambiental. Por certo, a discussão não pode ser traçada no plano genérico do ato ilícito coletivo, já que os diversos interesses em jogo apresentam elementos bastante divergentes e especificidades inerentes a cada matéria envolvida. Não se pode, por exemplo, considerar que conflitos ambientais e consumeristas compartilhem das mesmas premissas e características, merecendo tratamento único da ciência jurídica, não obstante muitas vezes ser possível que, na prática, ambos se inter-relacionem. Aliás, normalmente é de fácil visualização o direito subjetivo do consumidor lesado, enquanto que a lesão ao meio-ambiente nem sempre expressa de forma nítida os elementos estáticos dos tradicionais direitos subjetivos, dificultando, de certa forma, sua tutela autônoma⁶.

A finalidade que se persegue, portanto, é analisar elementos fundamentais dos conflitos afetos ao meio ambiente de modo a perquirir bases capazes de distingui-los dos demais e compreender se sua titularidade universal configura um obstáculo intransponível à utilização de soluções negociadas como a mediação.

Dano ambiental e os meios adjudicatórios

O estudo de problemas ambientais gira em torno de um conceito fundamental e propedêutico à exata compreensão dos contornos de incidência e à aplicabilidade de processos negociados de solução de controvérsias à matéria: o dano ambiental.

Podem ser identificadas duas variáveis importantes à aferição da lesividade de determinada conduta, considerando seus reflexos à questão ambiental. A primeira variável expressa a dificuldade em se definir o conceito de meio ambiente, enquanto que a segunda decorre do próprio processo de composição de disputas, quando são buscadas alternativas que atendam aos interesses de todos os envolvidos.

A tutela do meio ambiente só se mostra possível e racionalmente legítima a partir do momento em que se define a espécie de conduta capaz de gerar dano ambiental. Todavia tal noção é muitas vezes confundida com o que se poderia chamar de dano à natureza, criando um pressuposto falso para a utilização dos instrumentos de proteção, seja na esteira da prevenção, seja na esfera da reparação. De fato, poder-se-ia afirmar com total convicção que toda conduta capaz de colocar em risco o meio ambiente seria, por sua própria natureza, passível de causar o chamado dano ambiental. Entretanto, nem sempre um comportamento de exploração de recursos naturais e/ou culturais é capaz de produzir o mesmo resultado, visto que não se confundem as noções de bens ambientais com o próprio bem jurídico ambiental. Estes últimos são aqueles elementos naturais e culturais individualmente considerados, como florestas, animais e o ar, que compõem uma classe de bens

aspectos materiais do interesse público, de feição reconhecidamente indisponível. O raciocínio, embora correto, não afasta a constatação de que é divisada uma verdadeira transação em relação a aspectos periféricos do direito material lesado, ensejando o surgimento de obrigações jurídicas acessórias para o pactuante”).

⁶ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Org). A Constitucionalização do Direito – Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 793.

públicos de uso comum essenciais à sadia qualidade de vida⁷, capazes de serem desfrutados⁸ por qualquer pessoa dentro de determinados limites. A noção de bem jurídico ambiental, porém, consiste na integração ecológica de cada um desses elementos, que se desprende de seus componentes para formar uma singularidade ficcional própria. Aqui está o principal vetor da aplicação à matéria métodos negociais de solução de controvérsias, pois os interesses que envolvem a tutela do meio ambiente estão intrinsecamente ligados à uma razão de equilíbrio ou equidade intergeracional e, na maioria das vezes, ocultos pelas discussões sobre posições – permitir ou proibir determinada conduta. O conflito de posições acaba por gerar um impasse típico de ser solucionado pela via adjudicatória, atribuindo-se rótulos de vencedores e perdedores às partes envolvidas no problema⁹. Quando o foco da questão passa a girar em torno da manutenção do equilíbrio sistêmico (proteção do bem jurídico ambiental), deixam-se as posições de lado para se permitir a discussão de idéias capazes de preencher todos os interesses afetos à controvérsia, abrindo espaço para a adoção de meios de negociação e mediação.

Hodiernamente, ao se pretender definir o conceito de meio ambiente, torna-se necessário fazê-lo sob o prisma das relações dinâmicas entre seus componentes. Em suma, pode-se compreendê-lo como um conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas¹⁰. Por ser composto de uma série de componentes dinâmicos, em sua tutela descabe a busca por um estado absoluto de equilíbrio ecológico, mas uma forma de viabilizar as condições para que o sistema consiga absorver e gerir todas as relações que lhe são implicadas. Assim, sendo o homem elemento integrante desse sistema, sua atuação somente pode ser vista como destoante e lesiva no momento em que constitui uma barreira ao curso regular do processo de recomposição natural de uma perturbação. Notadamente processos de predação e competição são plenamente auto-ajustáveis quando mantidas as condições para que estas relações se estabilizem, independentemente de ser possível verificar uma oscilação sazonal na quantidade populacional de cada comunidade de acordo com os eventos causais nelas incidentes¹¹. Evidentemente o desenvolvimento humano exige o consumo de determinados recursos naturais, razão pela qual haverá sempre um nível tolerável de degradação de bens ambientais¹² plenamente auto-regenerável. A violação desse limite estaria configurada pelo rompimento da capacidade de absorção inerente ao próprio sistema, caso em que se estará diante de um dano ambiental.

⁷ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. Curso de Direito Ambiental Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 10^a. edição, p. 109.

⁸ Inseridas as atividades de utilização em sentido estrito e exploração.

⁹ A atribuição de rótulos decorre da incapacidade de soluções heterocompositivas, como a jurisdicional, buscarem opções que atendam aos interesses de todos os envolvidos, uma vez que produzem decisões que levam em conta padrões abstratos de comportamento. Neste sentido OYHANARTE, Marta. *Los nuevos paradigmas y la mediación* In GOTTHEIL, Julio; SCHIFFRIN, Adriana (Org.) *Mediación: una transformación en la cultura*. Buenos Aires: Paidós, 1996, p. 30 (“*La ley es aquello que distingue la civilización de la anarquía. La ley limita el poder hegemónico de los gobiernos e impone el estado de derecho, pero como medio para resolver conflictos provee limitadas opciones. La ley es coercitiva más que consensual, jerárquica más que democrática, rígida y predeterminada más que flexible. Fabrica un perdedor. Fabrica un ganador. Crea una ficción de objetividad. No hay lugar para los sentimientos heridos, no hay comprensión de la paradoja o del misterio. Es racional, pero carece de sabiduría*”).

¹⁰ Conceito disposto no art. 3^o, inciso I, da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente.

¹¹ MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro. Malheiros: São Paulo, 2005, p. 58.

¹² Já na década de 60 se vislumbrava a existência de um nível tolerado de elevação dos custos sociais sem o qual estaria inviabilizado o progresso humano, noção que pode ser trazida com as devidas adequações à problemática ambiental. Neste sentido COASE. Ronald H. *The Problem of Social Cost In Journal of Law and Economics*. Chicago: University of Chicago Press, 1960, V. 3, p. 11 (“*Thus, to quote Posser on Torts, a person may make use of his own property or... conduct his own affairs at the expense of some harm to his neighbors. He may operate a factory whose noise and smoke cause some discomfort to others, so long as he keeps within reasonable bounds. It is only when his conduct is unreasonable, in the light of its utility and the harm which results, that it becomes a nuisance*”).

Portanto, impossível analisar de forma absoluta se determinada conduta humana é ou não lesiva ao meio ambiente, sendo imperioso identificar como a mesma afetará os processos naturais concretos e em que medida irá alterar a capacidade de o ecossistema se recompor de tal perturbação. Com efeito, ao contrário do conceito de bem ambiental, a noção jurídica de meio ambiente – ou bem jurídico ambiental – não é passível de ser visualizada a partir da mera expressão física, exigindo, por seu turno, uma abstração dogmática capaz de traduzir o conjunto de relações naturais de manutenção e reestruturação do ecossistema.

Necessário, no entanto, frisar ser o homem elemento integrante desse organismo e, por tal razão, irá participar dessas relações dinâmicas entre os diversos elementos componentes do meio através da utilização e exploração dos recursos que lhe são colocados à disposição. Sendo os bens ambientais essenciais à sadia qualidade de vida, não se pode olvidar que o homem só estará exercendo integralmente suas potencialidades se lhe for possível explorar de forma racional os recursos naturais existentes. Caso se entendesse que a mera utilização dos bens ambientais pelo ser humano fosse capaz de gerar dano, imperiosa seria sua exclusão do conceito de meio ambiente, conclusão que inobstante ainda encontrar vozes em uma ideologia ecocêntrica, vem perdendo espaço para a idéia de que todo o processo de normatização ambiental deriva da necessidade de se situar a humanidade¹³ como destinatária das normas ambientais¹⁴. Aliás, esta combatida dicotomia entre homem e meio-ambiente surge como um dos pilares de sustentação ideológica do modo de produção capitalista, permitindo-se justificar o deterioro dos recursos naturais em prol da indústria e da acumulação de capitais.¹⁵

A própria idéia de resguardar o meio ambiente para o gozo de gerações presentes e futuras insere um elemento dinâmico no contexto da tutela ambiental. Somente com o entendimento de que o interesse coletivo sobre o meio-ambiente é a própria manutenção das condições necessárias ao gozo de uma vida digna pelo homem poderá ser quebrado o aparente paradoxo desenvolvimento-proteção.

Efetivamente o uso de um recurso natural leva a sua diminuição quantitativa e, em um raciocínio simplista, a uma tendência de sua escassez no futuro. Em um raciocínio simplista como este, surgiriam duas opções capazes de compor o problema: vedar a exploração de determinado recurso, protegendo o meio ambiente e impedindo o desenvolvimento econômico-social, ou permitir sua exploração, impulsionando o desenvolvimento da sociedade sob duras penas ao meio natural. Fácil, por conseguinte, é a conclusão de que adotada a via meramente adjudicatória, não se poderia preencher devidamente a tutela dos bens ambientais e impulsionar o desenvolvimento humano em um só tempo – a não ser que se adote como solução o ponto médio entre as duas hipóteses, o que seria inservível à tutela adequada do meio ambiente e, ao mesmo tempo, limitaria,

¹³ Utiliza-se o termo humanidade identificando as gerações presentes e futuras consoante KISS, Alexandre. *Os direitos e interesses das gerações futuras e o princípio da precaução* In Princípio da Precaução. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 04 (“A compreensão de que a futura humanidade começa novamente a cada segundo conduziria assim, ao reconhecimento da totalidade da humanidade, incluindo os membros atuais e futuros, como pessoa legal, sujeito de direito e portadora potencial de direitos e deveres”).

¹⁴ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. Curso de Direito Ambiental Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 10^a. edição, p. 16 (“Na verdade, o direito ambiental possui uma necessária visão antropocêntrica, porquanto o único animal racional é o homem, cabendo a este a preservação das espécies, incluindo a sua própria. Do contrário, qual será o grau de valoração, se não for a humana, que determina, v.g. que animais podem ser caçados, em que época se pode fazê-lo, onde etc?”).

¹⁵ ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito Ambiental. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 9^a edição, p. 231.

em muito, o desenvolvimento humano. Demonstra-se, portanto, que o recurso ao direito objetivo não serve a uma correta gestão da problemática ambiental.¹⁶

Desta primeira variável, afeta à questão ambiental¹⁷, surge a necessidade de que tais conflitos sejam solucionados primordialmente por uma via não-adjudicatória – como a mediação – rompendo-se com a concepção geral de que tais métodos somente seriam indicados aprioristicamente àquelas disputas de caráter eminentemente emotivo-interpessoal¹⁸, visto que somente com um processo de discussão de soluções envolvendo as partes afetadas será possível vislumbrar alternativas eficazes a evitar o dano ao bem jurídico ambiental e ao mesmo tempo permitir um grau máximo de desenvolvimento da sociedade.

O Interesse Público e a disponibilidade racional dos bens ambientais

Corretamente caracterizada a noção de bem ambiental, passa-se a uma abordagem mais sistematizada do conflito propriamente dito, mantida a proposta de restringir a análise na busca a uma resposta para a indagação sobre se a indisponibilidade do direito difuso em jogo seria capaz de obstaculizar a adoção de meios autocompositivos. Na primeira parte da exposição foi verificado o ponto de incidência deste conceito de indisponibilidade¹⁹, resultando na idéia de tal característica incide sobre o meio ambiente como um todo e não sobre cada elemento natural ou cultural que o compõe, pois que a compreensão do homem como integrante do ecossistema pressupõe a possibilidade de disposição de uma parcela de recursos em prol do seu desenvolvimento regular. Com lastro nesta primeira premissa, já é possível vislumbrar o limite para a utilização de meios negociais de soluções de conflitos envolvendo matéria ambiental: a exigência de manutenção do meio ambiente em uma situação capaz de deflagrar o movimento natural de auto-regeneração, fator hábil a configurar o núcleo do interesse difuso em foco – e, portanto, indisponível – no que se refere aos conflitos ambientais. Tal conclusão, como se verá, irá determinar a capacidade de aplicação da mediação ao tema.

¹⁶ SUSSKIND, Lawrence; CRUIKSHANK, Jeffrey. *Breaking the Impasse – Consensual Approaches to Resolving Public Disputes*. Nova Iorque: Basic Books, 1989, p. 17 (“Most disputes over environmental standard setting and utility rate setting involve the allocation of tangible benefits and costs, rather than inherent constitutional guarantees”).

¹⁷ tomada essa expressão como um conjunto de problemas ambientais que se agregam e se potencializam.

¹⁸ Parcela considerável da doutrina apresenta como destinatários principais do procedimento de mediação conflitos entre indivíduos (*person to person*) onde haja uma relação social continuada entre os mesmos, muitas vezes permeada por forte inclinação emocional. Como visto, porém, a mediação se mostra extremamente adequada também à solução de disputas ambientais. No sentido do texto: SHMUELI, Deborah; KAUFMAN, Sanda. *Environmental Mediation In The Center for Environmental Policy Series*. Jerusalem: The Jerusalem Institute for Israel Studies, n. 24, p. 36 (“*Mediation is a potentially powerful tool for the management and resolution of environmental conflicts*”). Em sentido contrário, apesar de os autores ressaltarem a possibilidade de outros tipos de conflito serem objeto de mediação: DEMARCHI, Juliana. *Técnicas de Conciliação e Mediação In* GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano (Org.). *Mediação e Gerenciamento do Processo – Revolução na Prestação Jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 55 (“...em conflitos com aspectos subjetivos preponderantes, nos quais há uma inter-relação entre os envolvidos, tais como os conflitos que envolvem questões familiares, mostra-se mais adequado o emprego da mediação...”); GARCEZ, José Maria Rossani. *Negociação. ADRS. Mediação. Conciliação e Arbitragem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2ª edição, p. 39 (“Quando, devido à natureza do impasse, quer seja por duas características ou pelo nível de envolvimento emocional das partes, fica bloqueada a negociação, que assim, na prática, permanece inibida ou impedida de realizar-se, surge, em primeiro lugar, a mediação como fórmula não adversarial de solução de conflitos.”); PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 375 (“Temos insistido na tese de que a mediação deve ser utilizada, prioritariamente, para os relacionamentos interpessoais continuados”).

¹⁹ Conceito que é tratado de forma bastante variada na doutrina, ora sob o aspecto de indisponibilidade dos bens públicos, ora como indisponibilidade do direito difuso.

Ponto fundamental em qualquer discussão sobre métodos de negociação²⁰ é a compreensão de que as atenções do debate devem girar em torno dos interesses envolvidos e não sobre as posições aduzidas pelas partes. Empiricamente é possível imaginar uma série de conflitos decorrentes das relações entre o homem e os bens ambientais onde algumas das partes se posicionem contra a utilização de determinado recurso enquanto outras se posicionem a favor de sua exploração. A discussão sobre posições somente ensejará a que apenas alguma das partes saia vencedora do embate ou, ao menos, a que nenhuma das partes se veja plenamente atendida em suas demandas, com um resultado situando-se no meio termo entre cada pleito formulado²¹. Por outro lado, ocultos atrás de cada posição estão os variados interesses perseguidos por cada um dos envolvidos no problema e que podem nem mesmo estar em conflito²². Identificados os interesses, ampliado estará o espectro de soluções que poderão ser aplicadas a cada caso, permitindo-se a construção de um consenso legitimado a atender todos os participantes²³. Aliás, tratando-se de disputas complexas, como aquelas relacionadas à questão ambiental, estarão negociando na mesma mesa um vasto número de partes e que por vezes formam coalizões nem sempre afetas a interesses comuns, simplesmente pelo fato de partilharem de posições semelhantes. Resta claro, portanto, que quanto maior o número de partes inseridas em uma negociação, mais difícil será alcançar uma solução adequada, mormente se o debate girar em torno de posições²⁴.

Apontar os interesses das partes nestas disputas públicas ambientais, no entanto, pode ser uma tarefa árdua, tendo em vista que o conflito, na grande maioria das vezes, tem como móvel uma atividade humana que produz a ocorrência de benefícios públicos – também chamados de externalidades positivas – e custos sociais – que se convencionou denominar de externalidades negativas²⁵. A inserção de uma indústria derivadora de grande volume de resíduos sólidos em um corpo d'água, do qual uma pequena comunidade de pescadores retira a sua subsistência, por exemplo, pode gerar uma série de efeitos: i) a contaminação das águas e a possível mortandade de peixes (externalidade negativa); ii) desenvolvimento da infraestrutura regional (externalidade positiva); iii) aumento da oferta de empregos indiretos, decorrente do incremento do setor terciário (externalidade positiva).

Havendo um número variado de externalidades, haverá também uma quantidade diversa de atingidos pela atividade que às originou, razão pela qual um dos principais elementos a definir esta espécie de disputa como complexa é a existência de um grande número de indivíduos ou grupos

²⁰ Utiliza-se o termo negociação em sentido amplo, englobando tanto a negociação em sentido estrito quanto a mediação, tendo em vista que esta pode ser vista como uma negociação com o auxílio de um facilitador, consoante BELLOSO MARTÍN, Nuria. *Sistemas de Resolución de Conflictos: Formas Heterocompositivas y AutoCompositivas In Estudios Sobre Mediación: La Ley de Mediación Familiar de Castilla y León*. Castilla y León: Junta de Castilla y León, 2006, p. 69 (“*La mediación eficaz se basa en los principios de la negociación. Por ello, la mediación, a pesar de ser un proceso aparte y distintivo, no deja de ser una negociación asistida.*”)

²¹ Situação, muitas vezes e de forma equivocada, confundida como sendo aquela resultante de um processo de mediação.

²² FISHER, Roger; PATTON, Bruce; URY, William. *Getting to Yes – Negotiating Agreement Without Giving In*. Nova York: Penguin Books, 2ª edição, p. 42 (“*Behing opposed positions lie shared and compatible interests as well as conflicting ones. We tend to assume that because the other side’s positions are opposed to ours, their interests must also be opposed. If we have a interest in defending ourselves, then they must want to attack us. If we have a interest in minimizing the rent, then their interest must be to maximize it. In many negotiations, however, a close examination of the underlying interests will reveal the existence of many more interests that are shared or compatible than ones that are opposed.*”).

²³ Ob. cit. p. 5.

²⁴ Ob. cit. p. 7.

²⁵ Tais elementos (externalidades) caracterizam-se como produtos não contabilizados na renda do empreendedor, consoante DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental Econômico*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 90.

com os mais variados interesses²⁶. Uma negociação que não leve em conta os interesses individuais de cada participante tenderá à polarização do debate em torno de uma aparente dicotomia desenvolvimento-proteção, criando uma série de obstáculos à solução mais adequada do problema. Notadamente, esta será aquela que permita o máximo atendimento aos interesses dos envolvidos sem que haja qualquer lesão ao meio bem jurídico ambiental.²⁷ Aqui se coloca o principal aspecto das questões analisadas no tocante à decomposição do processo autocompositivo entre seus diversos participantes, uma vez que, em se tratando de conflito ambiental, será imperiosa a consideração dos interesses das pessoas públicas envolvidas.

Anteriormente já se verificou que os bens ambientais, a despeito de sua titularidade universal, não concebem por si sós a característica da indisponibilidade, pressupondo, pelo contrário, um certa disposição decorrente de sua utilização regular pelo homem. Não seria, por exemplo, razoável vislumbrar uma proibição à utilização de automóveis em razão da emissão de monóxido de carbono de cada um deles. Da mesma forma seria inviável a proibição da utilização de papel em razão de a produção de celulose ser extremamente custosa para a preservação de determinadas florestas. No entanto há a necessidade de se manterem as condições para que o meio ambiente possa gerir essa atuação humana, adequando todas as formas de desenvolvimento a uma maneira coerente de exploração do meio natural, utilizando-se das medidas menos gravosas possíveis e buscando, a todo momento, resguardar os meios de obtenção de direitos, o que, a longo prazo, permitirá a manutenção de uma cadeia de progresso sustentável.

A tutela dessas condições – compreendidas no fenômeno denominado meio ambiente – deveria, em tese, estar inserida na esfera de interesses de cada um dos envolvidos, já que afetas à própria perpetuação da espécie humana. Claramente será importante para cada uma das partes envolvidas a possibilidade de exploração a longo prazo dos recursos naturais existentes, contribuindo para viabilizar um progresso social contínuo, efetivado por meio da tutela sobre a capacidade de recomposição do meio. Todavia, nem sempre é possível garantir que as partes inseridas na negociação estejam suficientemente aptas a vislumbrar ou defender interesses de longo prazo, distorção que é muitas vezes causada pela desigualdade econômica dos envolvidos, capaz de ensejar a que poderosos empreendedores voltados ao curto prazo pressionem a produção de acordos ilegítimos e incapazes de solucionar de forma eficiente o problema, mas que também pode ser causada por inúmeros outros fatores, nem sempre fáceis de serem visualizados como a diferença de conhecimentos jurídicos entre os envolvidos, a própria habilidade negociadora das partes e seus representantes, a capacidade de cada um dos negociadores assumir riscos e a possibilidade de suportarem retardos à solução do problema.²⁸ Este é um dos argumentos em que a doutrina contrária à adoção de meios negociais tem se apoiado para criticar a utilização de processos como a mediação. Tais doutrinadores elencam basicamente três formas de a disparidade das partes influenciar negativamente um acordo: i) a incapacidade daqueles participantes financeiramente menos favorecidos de coletarem e analisarem os prognósticos do resultado de eventual processo judicial, bem como de visualizarem as desvantagens do processo de autocompositivo – inseridos neste contexto a incapacidade de recolher informações suficientes a compreender o problema de

²⁶ SHMUELI, Deborah; KAUFMAN, Sanda. *Environmental Mediation In The Center for Environmental Policy Series*. Jerusalem: The Jerusalem Institute for Israel Studies. n. 24, p. 21 (“*Environmental conflicts often involve numerous parties interested either because they would be affected by the outcomes, because they are responsible for them – if they are in administrative or regulatory positions – or because their values could be challenged by the outcomes.*”)

²⁷ com já visto, este conceito traduz o conjunto de relações dinâmicas e integradas entre o homem e os bens ambientais individualmente considerados, adquirindo feição autônoma a partir da supressão de cada um de seus elementos individualmente considerados.

²⁸ GOLDBERG, Stephen B. *et al. Dispute Resolution – Negotiation, Mediation and Other Processes*. Nova Iorque: Wolters Kluwer Law & Business, 5ª edição, p. 161.

forma global; ii) a necessidade de disputantes com dificuldades econômicas de obterem uma prestação de forma rápida, ainda que esta seja inferior ao que lhe seria justo receber em juízo; e iii) a impossibilidade de determinadas partes arcarem com os custos de um processo judicial.²⁹ Segundo esta concepção, tais problemas seriam evitados em um procedimento jurisdicional em razão da figura do magistrado, apto a utilizar um vasto número de medidas para diminuir o impacto das desigualdades entre as partes.³⁰

Tais asserções, apesar de estarem permeadas de elaborado raciocínio lógico, partem de uma premissa que, no afã de se defender a manutenção do monopólio jurisdicional de composição de litígios, é deixada ao largo da exposição, fazendo com que o debate recaia sobre pontos secundários da questão. Ao se afirmar que conflitos onde haja uma desigualdade de poder entre as partes seriam melhor solucionados³¹ através do método adjudicatório jurisdicional, lastreia-se toda o pensamento na idéia de que o mesmo tipo de conflito, em situações normais, seria passível de ser submetido a qualquer instrumento de resolução ou, em outras palavras: restaria irrelevante a natureza do conflito para se determinar qual o método de solução que lhe é mais adequado, bastando serem verificadas questões secundárias, como a posição das partes na balança de poder.

No entanto, a noção de meio ambiente como um conjunto de relações integradas e dinâmicas entre os elementos que o integram e as consequências – externalidades – advindas de condutas que são foco das questões ambientais apontam para uma inter-relação entre diversos fatores que se apresentam com elevado grau de importância no panorama geral da disputa. Tais elementos servem para indicar a natureza policêntrica da maioria destes conflitos. Conflitos policêntricos são aqueles em que cada decisão a ser tomada está ligada a mais de uma variável do problema, sendo, portanto incapazes de serem solucionados a partir de um modelo de julgamento dicotômico entre certo ou errado e, conseqüente, inviáveis de serem compreendidos pela simples análise de provas e argumentos aduzidos pelas partes, até mesmo porque cada espécie de decisão poderá exigir uma redefinição do conjunto de partes afetadas.³² O conceito de conflito policêntrico é plenamente aplicável em sede de direito ambiental, uma vez que, como exposto, são sempre compostos de, pelo menos, duas variáveis inter-relacionadas. A primeira seria a relativa à identificação sobre a potencialidade de determinada conduta em produzir um dano ambiental, que seria a lesão ao meio ambiente como um todo e não meramente aos elementos naturais ou culturais individualmente considerados. Esta análise depende, todavia, das medidas a serem tomadas para estimular as condições necessárias a que o meio consiga gerir eventual perturbação. Ademais, estas poderão influir também no número de partes a se tornarem afetadas pelo problema. No final da década de 70 o professor da Harvard Law School Lon Fuller apresentou dois exemplos capazes de explicar como

²⁹ FISS, Owen; RESNIK, Judith. *Adjudication and its Alternatives – An Introduction to Procedure*. Nova York: Foundation Press, 2003, p. 473. (“The disparities in resources between the parties can influence the settlement in three ways. First, the poorer party may be less able to amass and analyze the information needed to predict the outcome of the litigation, and thus be disadvantaged in the bargaining process. Second, he may need the damages he seeks immediately and thus be induced to settle as a way of accelerating payment, even though he realizes he would get less now than he might if he awaited judgment. All plaintiffs want their damages immediately, but, but an indigent plaintiff may be exploited by a rich defendant because his need is so great that the defendant can force him to accept a sum that is less than the ordinary present value of the judgement. Third, the poorer party might be forced to settle because he does not have the resources to finance the litigation, to cover either his own projected expenses, such as his lawyers time, or the expenses his opponent can impose through the manipulation of procedural mechanisms such as discovery. It might seem that settlement benefits the plaintiff by allowing him to avoid the costs of litigation, but this is not so. The defendant can anticipate the plaintiff’s costs if the case were to be tried fully and decrease his offer by that amount. The indigent plaintiff is a victim of the costs of litigation even if he settles.”).

³⁰ Ob Cit. p. 473.

³¹ Ou solucionados de forma mais justa.

³² FULLER, Lon L. *The Forms and Limits of Adjudication*. 92 Harv. L. Rev, 1978, 353.

o processo adjudicatório seria incapaz de lidar com determinadas situações. O primeiro representa a hipótese do falecimento de uma rica senhora colecionadora de arte, deixando em testamento todo o seu acervo particular para dois conhecidos museus norte americanos, sem especificar, porém, o destino individual de cada obra. A questão, que, aparentemente, poderia ser resolvida através de uma divisão equânime dos bens, passa a ter contornos policêntricos no fato de que a disposição de cada pintura terá implicações na disposição das demais. Por exemplo, considerando a necessidade dos destinatários dos bens organizarem uma exposição consistente e ordenada, se uma das galerias receber, por exemplo, um Renoir, não lhe será mais tão importante receber um Cezanne, passando a ser seu interesse o recebimento de um Bellows. O problema, desta forma, não poderá ser resolvido através da produção de provas ou aposição de argumentos fáticos e jurídicos, como tradicionalmente o faz a jurisdição, pois que a decisão sobre o destino de cada quadro implicará nas decisões seguintes em relação aos demais, impedindo a produção de uma norma concreta aplicável ao caso – razão lógico-jurídica capaz de fundamentar relações do tipo certo-errado ou culpado-inocente³³. O segundo exemplo dado pelo autor reflete a hipótese em que as cortes judiciais são utilizadas, em um regime socialista, para fixar preços e salários. Neste caso, além de a marcha judicial ser incapaz de acompanhar as constantes mudanças no cenário econômico, o método adjudicatório não conseguiria levar em conta as complexas repercussões decorrentes de qualquer mudança em preços e salários. Um aumento de preço do alumínio, por exemplo, afetaria a demanda e, conseqüentemente, também os preços do aço, de diversos tipos de plásticos, bem como uma infinidade de madeiras e outros metais. Com efeito, cada uma das decisões tomadas ensejaria um determinado conjunto de repercussões e exigiria a redefinição das partes afetadas pela questão.³⁴

Agora imagine-se novamente o exemplo da indústria derivadora de resíduos sólidos instalada próxima a uma comunidade de pescadores, onde aparentemente estaria fulminando a capacidade de recomposição daquele ecossistema aquático e, conseqüentemente, a subsistência da atividade pesqueira – ocorrência de dano ambiental. Na hipótese, por exemplo, de ser aventada a possibilidade de o Município³⁵ construir uma emissora subterrânea em direção ao oceano, passando por uma cidade vizinha, se estará repercutindo na análise da primeira variável, o que poderá, inclusive, levar a conclusão sobre a inexistência de lesão ao bem jurídico tutelado. Todavia, referida medida passará a produzir efeitos também sobre os moradores do Município vizinho³⁶ que possam vir a ser afetados pela construção do emissário. O decorrer do conflito, inclusive, poderá fomentar o desenvolvimento de novas tecnologias de tratamento de resíduos, trazendo à discussão também toda uma classe de expertos na matéria. Desta forma, na esteira de conflitos deste tipo, exige-se uma maior atenção na maneira como se moldarão as possibilidades futuras, demonstrando certa incompatibilidade entre estes e o método utilizado pelas cortes judiciais, mais comprometido em apurar responsabilidades decorrentes de fatos pretéritos³⁷.

Somado a isso, em matéria ambiental nem sempre é cabível atribuir responsabilidades pelo dano ambiental àquele que diretamente utiliza ou explora recursos naturais³⁸, pois, como já se afirmou, a utilização de bens da natureza pelo homem é uma decorrência natural de sua incorporação ao conceito de meio ambiente. A tutela deste, por sua vez, pressupõe a identificação

³³ Ob Cit.

³⁴ Ob. cit.

³⁵ Que poderá ter seus interesses atendidos pela maior circulação de bens e geração de emprego local.

³⁶ Que também sofrerão de outras externalidades positivas (como a geração de empregos) e negativas (eventual sobrecarga do sistema de escoamento).

³⁷ SUSSKIND, Lawrence; CRUIKSHANK, Jeffrey. *Breaking the Impasse – Consensual Approaches to Resolving Public Disputes*. Nova York: Basic Books, 1989, p. 242.

³⁸ ARAGÃO, Maria Alexandra de Souza. *O princípio do poluidor pagador: pedra angular da política comunitária do ambiente* In Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra. Coimbra: Coimbra, 1997, p. 134.

de quem seriam aqueles utilizadores que detêm os meios de controle sobre as condições que levam à ocorrência de atos de poluição³⁹ e de que forma se poderia evitar seja afetado o equilíbrio do meio⁴⁰, dificultando a que seja solucionado o problema através da mera aplicação de normas abstratas e da atribuição de rótulos culpado-inocente. Veja-se outro exemplo: o processo produtivo de automóveis não provoca significativos danos ao meio ambiente, todavia a sua utilização pelo consumidor provoca elevado grau de poluição atmosférica e sonora, atualmente verificado nas cidades. Contudo, não se pode ignorar que, dadas as condições da vida moderna, os proprietários de veículos não têm muitas alternativas a sua utilização, sendo mais razoável, em sendo constatada a ocorrência de dano ao bem ambiental, exigir-se alguma atitude por parte dos fabricantes, que detêm meios de controle aptos a construir veículos menos poluentes ou, mesmo, a investigar alternativas de transporte. Neste caso, apesar de o consumidor ser efetivamente o poluidor, aquele que detém maior capacidade de evitar o dano é o próprio fabricante, de onde se pode perceber a fluidez na identificação das partes envolvidas na questão ambiental e sua adequação a categoria de disputas preconizada por Fuller.

Com efeito, considerando que conflitos policêntricos não são adequados à resolução por meio de processos adjudicatórios, refuta-se a premissa de que seria possível comparar a eficácia de um ou outro meio através de elementos acidentais do problema, como a desigualdade de forças entre as partes. Provavelmente a errônea consideração de que quaisquer questões possam ser solucionados através do mecanismo jurisdicional decorra da grande quantidade de problemas policêntricos levados a juízo, situações em que o magistrado, muitas das vezes, acaba por fazer as vezes de mediador⁴¹, já que, por dever de ofício, está obrigado a dar uma resposta à provocação que lhe é formulada⁴². Assentada essa primeira noção, que por si só, já impede a comparação pura e simples de métodos diversos de solução de disputas, claramente, ao se preconizar a utilização da mediação em determinados conflitos, deve ser anotado que o poder que se destaca por sua desigualdade de forças – seja econômico, político, cultural ou de outra espécie – estará no mesmo patamar que o poder das boas idéias – consideradas aquelas capazes de atender a todos os interesses em jogo –, pois há uma priorização da solução do problema em relação à mera composição do conflito. Nesta esteira, sem dúvida, o poder de veto carregado por cada um dos participantes, que é inerente a qualquer processo autocompositivo – onde as soluções são definidas pelas próprias partes –, contribui bastante para a diminuição do desequilíbrio eventualmente existente⁴³. Merece ainda ser destacado que têm sido aplicadas diversas medidas com a finalidade de assegurar a legitimidade do processo de mediação, equilibrando-se eventuais distorções existentes nos conflitos, como na legislação processual do Hawaii, onde há a exigência de que os mediadores sigam determinados padrões editados por cortes judiciais.⁴⁴

³⁹ Entendidos estes como sendo os atos potencialmente capazes de afetar o equilíbrio ambiental intergeracional.

⁴⁰ Objetivo que poderá ser alcançado através de um número variado de alternativas, que deverão ser analisadas no caso concreto, diante de suas repercussões em outros aspectos do conflito.

⁴¹ Ob. cit.

⁴² KORNFIELD, Itzhak E. *Polycentrism and the International Joint Commission In The Wayne Law Review*. Michigan: The Wayne State University, V. 54, n. 04, p. 1699 (“Nevertheless, courts have addressed polycentric issues. Why do they do so when the subject matter is so complex? One simple reason is because they must, whenever there is a case or controversy.”)

⁴³ SUSSKIND, Lawrence; CRUIKSHANK, Jeffrey. *Breaking the Impasse – Consensual Approaches to Resolving Public Disputes*. Nova Iorque: Basic Books, 1989, p. 243.

⁴⁴ GOLDBERG, Stephen B. *et al. Dispute Resolution – Negotiation, Mediation and Other Processes*. Nova Iorque: Wolters Kluwer Law & Business, 5ª edição, p. 160. Os autores, entretanto, refletem sobre a razão pela qual deveriam ser exigidos tais padrões em uma mediação, quando a resolução de tais conflitos através de uma negociação informal entre os envolvidos não demanda controle externo (Ob cit. p. 162). Ademais, como se verá, a mera representação adequada dos envolvidos no problema servirá para evitar grande parte, senão a totalidade, das distorções até então aventadas.

Aliás, no que toca às disputas ambientais, a presença de um elemento indisponível no foco do problema⁴⁵ exigirá a presença de órgãos estatais na mediação⁴⁶, característica que será bastante útil a impedir a produção dos efeitos nocivos antes expostos, aptos a fomentar acordos capazes de por termo aos conflitos, mas não aos problemas que os originaram, ensejando sua retomada em curto prazo e, muitas vezes, causando danos irreparáveis ao meio ambiente. Será exatamente a presença destes participantes oficiais no processo autocompositivo que permitirá a observância do interesse de proteção do bem jurídico ambiental, notadamente de caráter indisponível. Veja-se que esta indisponibilidade em nada alteraria uma mediação onde houvesse uma fundada consciência entre as partes de que o acordo devesse objetivar uma estabilidade de largo prazo, pois que o ideal da sustentabilidade acabaria sendo perseguido por todos os envolvidos, inobstante serem opostas e aparentemente conflitantes as posições inicialmente apresentadas. O processo de mediação não busca um meio termo entre duas posições inconciliáveis, mas a construção, através de um processo comunicativo e legitimador, da solução que melhor atenda os interesses das partes, o que é factível na grande maioria dos casos, tendo em vista que para cada interesse identificado, podem ser vislumbradas inúmeras posições capazes de satisfazê-lo.

Portanto, de fundamental importância, para se evitar que eventual desequilíbrio envolvendo os disputantes evolua para um acordo ineficiente e incapaz de tutelar integralmente os interesses das partes, é propiciar uma representatividade adequada daqueles que, de alguma forma, são afetados pelo problema, incluindo aí, além dos potenciais poluidores e grupos atingidos, todos os órgãos oficiais com finalidade institucional inserida no contexto do conflito.

Outrossim, como sucedâneo da mesma crítica feita aos meios consensuais autocompositivos, está o enfoque de que um procedimento cujo produto seja um acordo derivado unicamente do consenso atingido pelas partes, ao contrário do adjudicatório, não serviria para assegurar, explicar e dar força aos valores constantes do ordenamento jurídico, o que traduzido para os contornos do presente estudo, seria o mesmo que preconizar a incapacidade do acordo alcançado concretizar a idéia de proteção ao meio ambiente ou fomentar a educação das partes sobre os valores ambientais constitucionais e infraconstitucionais ínsitos à matéria.⁴⁷ Referida alegação constitui uma grande preocupação do Poder Público na implementação de meios consensuais de solução de disputas complexas ambientais, servindo muitas vezes de entrave à sua utilização. Trata-se, em verdade, do equivocado pensamento de que o produto das negociações poderia constituir uma abdicação da responsabilidade legal.⁴⁸ Sua incorreção já pode mesmo ser antevista, diante do que se afirmou sobre a característica policêntrica dos conflitos ambientais e a presença de pessoas públicas nas negociações.

Não se enquadram nos contornos deste estudo os escopos educativos do processo de mediação ambiental, porém resta claro ser este o instrumento capaz de permitir o maior grau de participação

⁴⁵ Reitera-se que a indisponibilidade incide sobre o bem jurídico ambiental e não sobre seus recursos naturais e culturais individualmente considerados.

⁴⁶ Inserir-se neste grupo tanto pessoas e órgãos com função de exercer poder de polícia ambiental quanto aqueles órgãos cuja função institucional seja a defesa da própria sociedade como um todo, como o Ministério Público.

⁴⁷ FISS, Owen; RESNIK, Judith. *Adjudication and its Alternatives – An Introduction to Procedure*. Nova Iorque: Foundation Press, 2003, p. 477/478 (“*Adjudication uses public resources, and employs not strangers chosen by the parties, but public officials chosen by a process in which the public participates. These officials, like members of the legislative and executive branches, possess a power that has been defined and conferred by public law, not by private agreement. Their job is not to maximize the ends of private parties, nor simply to secure the peace, but to explicate and give force to the values embodied in authoritative texts such as the Constitution and statutes...*”).

⁴⁸ SUSSKIND, Lawrence; CRUIKSHANK, Jeffrey. *Breaking the Impasse – Consensual Approaches to Resolving Public Disputes*. Nova Iorque: Basic Books, 1989, p. 241.

popular e com mais possibilidades de discussão sobre a questão em conflito, o que contribuirá para que os princípios que permearam a formação do acordo final tenham maior absorção por seus participantes, entendimento que servirá até mesmo para direcionar negociações informais para a solução e prevenção de futuras disputas. Seu objeto, por outro lado, recai sobre a forma como se relaciona o processo de mediação de conflitos ambientais com a indisponibilidade do interesse público, razão pela qual merece análise a segunda parte da crítica formulada anteriormente, lastreada na suposta incapacidade de proteção dos valores ambientais pelo processo de solução negociada.

Claramente o interesse público defendido pelas pessoas públicas envolvidas no impasse também será comum a todos os envolvidos, uma vez que o dano ambiental afetará características essenciais a um acordo desejado. É possível perceber que o produto final de uma negociação bem dirigida, além de atender aos interesses diretos e pessoais de cada um dos envolvidos, preencherá requisitos de justiça, durabilidade, eficiência, estabilidade e adaptabilidade.⁴⁹ A lesão ao bem ambiental, contudo, conduziria a uma quebra no equilíbrio intergeracional, impedindo que uma negociação não destinada a atender o interesse de proteção do meio ambiente seja vista como justa e acertada no futuro. Ademais, um acordo que não observe este elemento, fomentaria a escassez de recursos naturais, implicando na explosão de novos conflitos e no incremento contínuo dos custos de obtenção de matéria-prima, lesando, de forma progressiva, o relacionamento entre as partes.

Ocorre que o processo de solução consensual que se postula pressupõe a presença do Poder Público, representado por seus órgãos competentes, como forma de evitar que distorções eventualmente inseridas no caso apresentado para mediação permitam a violação de normas cogentes e valores que dão conteúdo ao ordenamento jurídico. O raciocínio é similar àquele apresentado quanto à afirmação de que as partes não necessariamente teriam seus interesses integralmente atendidos em situações de desequilíbrio de poder, uma vez que a preservação da sustentabilidade ambiental reflete também interesse mediato dos disputantes, ainda que isto não possa, por razões diversas, ser percebido e invocado pelos mesmos durante a mediação. A exigência de ratificação do acordo por todos os participantes, incluindo os disputantes em posição de autoridade, que poderão utilizar de seu poder de veto sempre que o resultado previr a disposição ou a violação do interesse público, expressado através de normas cogentes garantidoras de um desenvolvimento sustentável, servirá fundamentalmente para evitar que a má gestão do processo autocompositivo permita uma certa flexibilização do interesse público.

A própria presença oficial e o estímulo a que os impasses sejam solucionados pela via consensual, principalmente se adotada uma postura de atuação preventiva, servirá para legitimar as políticas públicas ambientais instituídas pela Administração e, se corretamente utilizada, impedir-se-á o desenvolvimento de diversos conflitos decorrentes da oposição dos afetados em relação a normativas ambientais impostas, até porque o estágio da ciência, na grande maioria das vezes, não é capaz de identificar um ponto ótimo de fixação de padrões de utilização de recursos a serem observados pelos administrados.

Conclusão

O longo período em que o sistema jurisdicional se manteve como principal método estatal de solução de conflitos acabou por construir na própria ciência jurídica uma cultura de litigância, compreendendo o fenômeno jurídico através de sua aplicação adjudicatória. Neste contexto, não

⁴⁹ SHMUELI, Deborah; KAUFMAN, Sanda. *Environmental Mediation In The Center for Environmental Policy Series*. Jerusalem: The Jerusalem Institute for Israel Studies, n. 24, p. 11.

obstante o surgimento e a importação de novos instrumentos e modelos de composição de controvérsias, ainda é possível perceber sua subutilização prática, fundada na incapacidade de adequá-los a uma visão dogmática temerosa da perda de controle estatal.

A idéia da sociedade de massa e a aparente incapacidade de o cientista do direito acompanhar as cada vez mais céleres transformações sociais levou a um tratamento também massificado dos problemas jurídicos, momento em que se passou a estabelecer uma dogmática própria a todo e qualquer conflito de ordem difusa ou coletiva. Contudo esta racionalidade acaba impedindo a correta compreensão sobre as peculiaridades dos diversos interesses envolvidos nas variadas esferas da vida social.

Diferentemente do que ocorre com vários outros conflitos, em sede ambiental nem sempre é possível verificar os limites do direito subjetivo tutelado. Os bens ambientais – noção que engloba todos os recursos culturais e naturais componente do conceito de meio ambiente – são plenamente disponíveis pelo homem, apesar de sua titularidade universal. Por outro lado esta exploração não pode colocar em risco o conjunto de relações entre estes diversos elementos capaz de permitir a recuperação natural do meio sobre qualquer perturbação. Esse conceito abstrato e dinâmico que permite o funcionamento adequado do sistema configura a noção de bem jurídico ambiental, razão pela qual lhe incide a característica da indisponibilidade.

A confusão sobre o âmbito de incidência do elemento de indisponibilidade acaba por criar confusão quando da aplicação de soluções negociadas, pois, se equivocadamente direcionado, impedirá a própria utilização pelo homem dos recursos colocados à sua disposição. Por outro lado, compreender o dano ambiental como uma lesão a um bem jurídico caracterizado por um conjunto de relações dinâmicas distintas dos elementos inseridos no ecossistema acaba por interligar a análise sobre a ocorrência do ato ilícito – lesão ao bem jurídico meio ambiente – às próprias soluções a serem adotadas para que se viabilizem as condições para a auto-regeneração regular do sistema.

O manejo dessas duas variáveis acaba por gerar uma série de repercussões que nem sempre podem ser antecipadas abstratamente, permeando um conteúdo policêntrico ao problema. O método adjudicatório por sua incapacidade de lidar com controvérsias policêntricas se mostra inadequado a gerir tais situações, sendo portanto, irrelevante qualquer comparação entre métodos de solução de conflitos que dispense esta primeira premissa.

A mediação, a seu turno, considerada uma forma de negociação facilitada, permite uma maior fluidez tanto no que se refere às partes envolvidas quanto na discussão sobre as soluções a serem alcançadas, até porque dirigida ao máximo atendimento dos interesses de cada um dos envolvidos, acabando por se mostrar prioritariamente mais hábil a gerir os impasses sobre questões ambientais.

Ademais, atingida uma representatividade adequada entre os envolvidos no conflito, o processo de mediação estará imune às distorções derivadas do desequilíbrio de poder eventualmente existente entre as partes. A própria participação de órgãos públicos, cujos interesses se relacionem com o problema a ser analisado, se conscientes dos exatos limites do conceito de indisponibilidade do bem jurídico tutelado, será capaz de efetivar uma solução justa e a longo prazo do problema, sem que se cogite na flexibilização de responsabilidades legais.

Por fim, considerando o maior caráter democrático da mediação, sua aplicação, ainda que de forma preventiva, em muito contribuirá para que os envolvidos compreendam melhor as relações

que compõem o conceito de meio ambiente e estejam mais aptos a lidar com tais questões no futuro, o que certamente produzirá um menor número de impasses e, conseqüentemente, uma maior eficiência no que toca a um desenvolvimento lastreado em bases sustentáveis.

Referências Bibliográficas

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 9ª edição.

ARAGÃO, Maria Alexandra de Souza. *O princípio do poluidor pagador: pedra angular da política comunitária do ambiente* In Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra. Coimbra: Coimbra. 1997.

BELLOSO MARTÍN, Nuria. *Sistemas de Resolución de Conflictos: Formas Heterocompositivas y AutoCompositivas* In *Estudios Sobre Mediación: La Ley de Mediación Familiar de Castilla y León*. Castilla y León: Junta de Castilla y León. 2006.

COASE. Ronald H. *The Problem of Social Cost* In *Journal of Law and Economics*. University of Chicago Press: Chicago, 1960, V. 3.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano (Org.). *Mediação e Gerenciamento do Processo – Revolução na Prestação Jurisdicional*. São Paulo: Atlas. 2008.

DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental Econômico*. São Paulo: Saraiva. 3ª edição.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. Malheiros: São Paulo. 2005.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Saraiva. 10ª. edição. p. 109.

FISHER, Roger; PATTON, Bruce; URY, William. *Getting to Yes – Negotiating Agreement Without Giving In*. Nova York: Penguin Books. 2ª edição.

FISS, Owen; RESNIK, Judith. *Adjudication and its Alternatives – An Introduction to Procedure*. Nova Iorque: Foundation Press. 2003.

FULLER, Lon L. *The Forms and Limits of Adjudication*. 92 Harv. L. Rev, 1978, 353.

GARCEZ, José Maria Rossani. *Negociação. ADRS. Mediação. Conciliação e Arbitragem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2ª edição.

GARCIA, Emerson. *Ministério Público – Organização, Atribuições e Regime Jurídico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 3ª edição.

GOLDBERG, Stephen B. *et al. Dispute Resolution – Negotiation, Mediation and Other Processes*. Nova Iorque: Wolters Kluwer Law & Business, 5ª edição.

KISS, Alexandre. *Os direitos e interesses das gerações futuras e o princípio da precaução* In *Princípio da Precaução*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

KORNFELD, Itzhak E. *Polycentrism and the International Joint Commission In The Wayne Law Review*. Michigan: The Wayne State University, V. 54, n. 04.

MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2005.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. Malheiros: São Paulo, 2005.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. São Paulo: Saraiva, 2006.

OYHANARTE, Marta. *Los nuevos paradigmas y la mediación In GOTTHEIL, Julio; SCHIFFRIN, Adriana (Org.) Mediación: una transformación en la cultura*. Buenos Aires: Paidós, 1996.

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

SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *A Globalização e as ciências sociais*. 2a. ed., São Paulo: Cortez, 2002, p. 26.

SHMUELI, Deborah; KAUFMAN, Sanda. *Environmental Mediation In The Center for Environmental Policy Series*. Jerusalem: The Jerusalem Institute for Israel Studies, n. 24.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *A Constitucionalização do Direito – Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SUSSKIND, Lawrence; CRUIKSHANK, Jeffrey. *Breaking the Impasse – Consensual Approaches to Resolving Public Disputes*. Nova York: Basic Books, 1989.